Die Rechte des Käufers

bei mangelnder Eigentumsübertragung

im römischen und heutigen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Ulrich Bieneck.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Geheimrat Dr. Fischer.

Meiner lieben Mutter

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Arndt, Lehrbuch der Pandekten. 1886.

Bechmann, Geschichte des Kaufs im römischen Recht. Bd. 1. 1876.

Bekker, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts. Bd. 6. 1863.

Bernhöft, Beitrag zur Lehre vom Kauf. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 14 1875.

Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1889.

Cosack, Bürgerliches Recht. 1904.

Crasemann, Die Eviktionshaftung nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuche. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1902.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.

Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Dernburg, Pandekten. 1902.

Dernburg, Recht der Schuldverhältnisse. 1906.

Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums nach römischem und gemeinem deutschen Recht. 1877.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1904.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch mit Anmerkungen. 1904.

Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. 1837.

Girard, Geschichte und System des römischen Rechts. 1908.

Girard, Etudes historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain. 1884.

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. Bd. 20. 1819.

Huschke, Das Recht des nexum. 1846.
Jörs in Birkmeyers Enzyklopädie. 1901.
Koch, Das Recht der Forderungen. 1843.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. 1901.
Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. II.
Müller, Die Lehre des römischen Rechts von der Eviktion. 1851.
Nasse, Die Bedeutung der Eviktion einer verkauften und übergebenen beweglichen Sache nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Erlangen 1899.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
Petri, Die Gewährleistung für Mängel im Recht beim Sachkauf nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Straßburg 1899.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 1904.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Puchta, Pandekten. 1872.
Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Recht. 1902.
v. Salpius, Novation und Delegation. 1864.
Scherer, Recht der Schuldverhältnisse. 1898.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1904.
Schwamborn, Die Lehre des Bürgerlichen Gesetzbuches von der Eviktion verglichen mit dem gemeinen Recht und den modernen Privatrechtskodifikationen. Diss. Erlangen 1897.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 1868.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 1906.
Thieme, Die Besonderheiten der Haftung des Verkäufers für Mängel im Recht beim Kauf von beweglichen Sachen und Rechte an solchen nach erfolgter Übergabe. Diss. Breslau 1906.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900.
Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. 1840.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 1869.
Wächter, Pandekten. 1881.
Wedekind, Die Haftung für Rechtsmängel beim Sachkauf nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Rostock 1903.
Weiske, Rechtslexikon. 1843.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.

I.

§ 1.

Der Kauf ist ein Vertrag, durch den der eine Teil die Überlassung eines Vermögensgegenstandes an den anderen Teil, dieser aber die Zahlung einer Geldsumme an jenen übernimmt. Das Ziel, welches mit dem Kauf verfolgt wird, geht dahin, dem Käufer Eigentum an dem Kaufgegenstande zu verschaffen, und die hauptsächlichste Verpflichtung des Verkäufers müßte infolgedessen auf Eigentumsübertragung gerichtet sein. Der Käufer hat zweifellos die Absicht, durch den Kauf Eigentum zu erwerben, ob aber der Verkäufer dem Käufer das Eigentum an dem Kaufgegenstande verschaffen, oder ob er nur das habere licere präſtieren muß, d. h. dafür einstehen, daß der Käufer in ungestörtem Genusse der Kaufsache verbleibe, ist im römischen Recht sehr bestritten. Bis in die jüngste Zeit wurde letztere Ansicht fast allgemein vertreten; man hielt den Verkäufer nur verpflichtet, dem Käufer das faktische, nicht auch das rechtliche Haben zu gewähren. So sagte Bekker[1]: „Beim Kauf aber und allen Geschäften, die gleich ihm dem Erwerber ein gewisses Quantum

[1] Bekker S. 284.

nicht sowohl von Rechten, sondern von tatsächlichen Vorteilen schaffen sollen, wird außer dem Dasein auch ein wahrnehmbares Hervortreten, Sichgeltendmachen, des fremden Rechts erfordert". Ja Koch[1] ging sogar noch weiter, indem er sagt, daß, falls die Kontrahenten Eigentumsübergang verabredeten, dies gar kein Kauf mehr sei.

Auch Girard sagt (S. 591 f. u. 599): „Der Käufer habe zwar nicht das Recht, zu verlangen, daß man ihn zum Eigentümer mache, daß man ihm eine durch ein petitorisches Rechtsmittel unanfechtbare Stellung verschaffe, wohl aber das zu verlangen, daß man ihm eine durch ein possessorisches Rechtsmittel unanfechtbare Stellung, einen Besitz verschaffe, aus dem er nicht durch ein Interdikt verdrängt werden kann. Für die Begründung ihrer Ansicht stützen sich deren Vertreter auf verschiedene Quellenstellen. So z. B. l. 25 § 1 D. 18, 1: Paulus libro trigesimo quarto ad Sabinum. Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur, qui fundum stipulanti spopondit. Ferner l. 1 pr. D. 19, 4: Paulus libro trigesimo secundo ad edictum. Emptor nisi nummos accipientis fecerit tenetur ex vendito venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgare dolo malo, itaque si evicta res non sit, nihil debet.

Das Verdienst Ecks ist es gewesen, eine andere Meinung zur Geltung zu bringen. In seiner im Jahre

---

[1] Koch § 321.

1874 erschienenen Schrift „Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums nach römischem und gemeinem deutschen Recht“ wies Eck, auf die Quellen sich stützend, nach, daß die Verpflichtung des Verkäufers eine weitergehende war, als man bisher angenommen hatte; nicht nur das habere licere habe der Verkäufer dem Käufer präſtieren müssen, sondern er sei verpflichtet gewesen, Eigentum zu übertragen. Eck[1] weist darauf hin, daß die von den Gegnern angeführten Stellen die Leistung des Verkäufers in keiner Weise erschöpfend regeln, „sie müßten vielmehr durch andere näher bestimmt und ergänzt werden“. Zwar ist die Ansicht Ecks nicht unangefochten geblieben, aber die überwiegende Meinung, wenigstens in Deutschland, hat sich der Meinung Ecks angeschlossen.[2] Die Haftung wegen Eviktion ist nur

---

[1] Eck S. 24.

[2] vgl. z. B. Windscheid-Kipp § 389 Anm. 8a; Jörs in Birkmeyers Enzyklopädie S. 140; Dernburg Bd. 2 § 99 Anm. 6. So sagt Windscheid-Kipp: „Der Verkäufer ist verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der Käufer die Sache habe, d. h. in seinem Vermögen habe. Es ist nicht erforderlich die Verschaffung des Rechts, aber die Verschaffung des Rechts widerspricht dem Wesen des Kaufvertrages nicht. Umgekehrt, der Kaufvertrag ist auf Verschaffung des Rechts gerichtet, der in dem Kaufvertrage erklärte Wille des Verkäufers geht darauf, daß der Käufer die Sache dem Rechte nach, nicht daß er sie bloß tatsächlich habe. Der Wille des Verkäufers geht auf tatsächliches Haben überhaupt nicht, oder doch nur insofern, als das tatsächliche Haben die Konsequenz des rechtlichen Habens ist. Ist aber der Wille des Ver-

eine besondere Seite der Verpflichtung des Verkäufers, aber erschöpft ist damit die Verpflichtung des Verkäufers keineswegs. Zweck des Kaufs ist Eigentumsübergang, nicht bloßer Besitzübergang. So finden wir in l. 31 pr. D. 41, 1 den Gedanken ausgesprochen, daß venditio die wichtigste iusta causa dominii transferendi bildet. Paulus libro trigesimo primo ad edictum. Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. Ferner sagt Paulus I, 13 § 4, daß der Käufer einer res mancipi Manzipation derselben verlangen konnte, und die mancipatio war doch gerade die typische Form der Eigentumsübertragung. Die Stelle lautet: Si id, quod emptum est, neque tradatur, neque mancipetur venditor cogi potest, ut tradat, aut mancipet.[1]

Ferner sagt Labeo in l. 80 § 3 D. 18, 1, daß ein Kaufvertrag mit der Abrede, das Eigentum solle auf den

---

käufers nicht gerichtet auf tatsächliches Haben, so muß er gerichtet sein auf rechtliches Haben."

[1] Anderer Meinung Bernhöft S. 182: Der Käufer soll nicht gezwungen werden, zu übergeben und zu manzipieren, sondern zu übergeben oder zu manzipieren. Auch Puchta (S. 359) ist anderer Ansicht, indem er lehrt, daß der Verkäufer nur dann zur Manzipation verpflichtet sei, wenn dies besonders vereinbart sei. Auch Girards (S. 599) Erklärung, daß der Verkäufer hier durch die mancipatio nur das vacuam possessionem tradere erfüllen müsse, dürfte als gezwungen abzulehnen sein.

Käufer nicht übergehen, überhaupt kein Kauf mehr sei. Labeo libro quinto posteriorum a Javoleno epitomarum. Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus. Daß ferner der Verkäufer, falls er Eigentümer war, sein Eigentum auf den Käufer überträgt, sagen die Quellen in l. 11 § 2 D. 19, 1. Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum. Quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum. Eine sehr bezeichnende Stelle für die Kennzeichnung der Verpflichtung des Verkäufers, Eigentum zu übertragen, finden wir in l. 30 § 1 D. 19, 1, wo der Fall erörtert wird, daß jemand, der wissentlich eine fremde Sache verkauft, dem Käufer dafür haftet rem eius esse factum, Africanus libro octavo quaestionum. Si sciens alienam rem ignoranti vendideris etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptoris habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debet teneri eum, qui sciens alienam rem suam ignoranti vendidit. „Diese Haftung führt der Jurist freilich auf einen dolus des Verkäufers zurück, aber diese Tatsache, daß in solch einem Verkauf ein dolus gefunden wird, zeigt deutlich, wie sehr als die Absicht des Käufers Eigentumserwerb betrachtet, und wie wenig der Obliegenheit des

Verkäufers durch Gewährung faktischen Habens genügt wird".[1]

In l. 46 D. 19, 1 sehen wir dann ferner, daß der Käufer, dessen auctor erst später das Eigentum an dem Kaufgegenstande erworben hat, noch nachträglich Abtretung desselben vom Verkäufer fordern kann. Paulus libro vicesimo quarto quaestionum. Si quis alienam rem vendiderit et medio tempore heres domino rei exstiterit cogetur implere venditionem. Daß unter implere venditionem hier nicht die Gewährung des habere licere gemeint sein kann, geht daraus hervor, daß der Verkäufer hierzu unter allen Umständen verpflichtet war, ohne Unterschied, ob er eine eigene, oder fremde Sache verkaufte. Zur Verschaffung des Eigentums aber war der Verkäufer gemäß des Satzes nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet von vornherein nicht imstande gewesen, und muß nun, da er in die Lage gekommen ist, das Versäumte nachholen zu können, dies tun, er muß venditionem implere, d. h. also Eigentum übertragen.

Schließlich sei noch l. 35 § 4 D. 18, 1 erwähnt. Es wird hier der Fall behandelt, daß dem Verkäufer der Kaufgegenstand ohne seine Schuld abhanden gekommen ist; er muß dann nicht nur seine possessorischen, sondern auch seine petitorischen Rechtsbehelfe dem Käufer ab=

---

[1] Eck S. 26.

treten. Gaius libro decimo ad edictum provinciale. Si res vendita per furtum perierit . . . vindicationem rei et condictionem exhibeat emptori. Auch hieraus ersieht man wieder, wie sehr Eigentumsübertragung als Pflicht des Verkäufers angesehen wurde. Daß das Wesen des Kaufes darin bestand, daß der Verkäufer all seine Ansprüche an dem Kaufgegenstande aufgab und sie an den Käufer abtrat, sagen uns Kaufurkunden aus Justinians Zeiten, in denen es heißt, „daß er, d. h. der Verkäufer, omne ius proprietamque suam an dem Grundstücke dem Käufer übertrage, daß das Grundstück sui iuris sei und daß der Käufer das Recht erwerben solle zum habere etc., donare vendere, commutare, in perpetuum vindicare, ohne daß irgendwie die Absicht, dem Verkäufer damit eine außergewöhnliche Leistung aufzuerlegen, hervortrete.[1]

Zur weiteren Begründung der hier vertretenen Ansicht, daß der Verkäufer zur Verschaffung des Eigentums verpflichtet war, ist darauf hinzuweisen, daß es im späteren römischen Recht Fälle gab, in denen man dem Käufer einen Regreßanspruch gegen den Verkäufer gab, ohne daß eine Eviktion eingetreten wäre, sondern deshalb, weil dem Käufer wegen mangelnder Eigentumsverschaffung ein Nachteil entstanden war. So sagt Ulpian in l. 13 § 15 D. 19,1: Si fundum mihi alienum vendideris et hic ex causa

[1] Eck S. 30.

lucrativa meus factus sit nihilo minus ex empto mihi adversus te actio competit. Von einer eigentlichen Klage wegen Entwehrung kann hier nicht die Rede sein; der Käufer hat aber den Kaufpreis umsonst gezahlt, da er das Eigentum nicht vom Verkäufer, sondern auf andere Weise erhalten hat, hat dadurch einen Vermögensnachteil erlitten und kann infolgedessen vom Standpunkt der bona fides aus mit der actio empti auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen den Verkäufer klagen.

Einen weiteren Fall lesen wir in l. 35 § 4 D. 18, 4: Dem Verkäufer ist hier der Kaufgegenstand ohne eigenes Verschulden abhanden gekommen und er kann ihn infolgedessen dem Käufer nicht übergeben; er kann aber dem Käufer auch nicht einmal die vindicatio oder die condictio abtreten, weil er nicht Eigentümer war. Deswegen, sagt Gajus, ist er zu verurteilen. Ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre. Es seien ferner noch zwei Quellenstellen erwähnt, in denen der Käufer den Kaufgegenstand nicht durch Entwehrung verliert, sondern freiwillig veräußert, aber einen Vorteil, den er durch die Veräußerung erstrebt, nicht erlangt, da er nicht Eigentümer war. Der erste Fall ist der, daß eine Frau einen Sklaven kauft und ihn ihrem Mann, der Eigentümer dieses Sklaven ist, zur dos gibt. Afrikanus entscheidet, daß der Frau eine actio empti gegen den Verkäufer zustehe, da sie indotata sei. „Das heißt doch wohl auf ihr Interesse, aus dem Kauf Eigentum er-

worden zu haben."[1] Die Stelle lautet: Africanus libro sexto quaestionum. Non tamen ei consequens esse, ut ei, si ipsi domino nuptura in dotem eum dederit, committi stipulationem dicamus, quamvis aeque indotata mulier futura sit, quoniam quidem, etiamsi verum sit habere ei non licere servum, illud tamen verum non sit iudicio eum evictum esse, ex empto tamen contra venditorem mulier habet actionem. Der zweite Fall ist der, daß der Käufer eines Sklaven, den dieser freiläßt, nicht das Patronatsrecht über jenen erwirbt, da er nicht Eigentümer des Sklaven geworden ist. Nach Ulpians Meinung in l. 25 D. 21, 2 stand in diesem Falle dem Käufer keine Klage zu, weder die actio ex stipulatu, noch die actio empti. Ulpianus libro vicesimo nono ad Sabinum. Si servum, cuius nomine duplum stipulatus sis, manumiseris nihil ex stipulatione consequi possis, quia non evincitur, quo minus habere tibi liceat quem ipse ante voluntate tua perdideris. Paulus will eine actio empti geben; aber in l. 26 D. 21, 2 beschränkt er diese auf zwei Fälle, nämlich einmal, wenn der Verkäufer gewußt hat, daß er einen ihm nicht gehörigen Sklaven verkauft hat, und dann, wenn der Käufer den Sklaven einem Fideikommiß zufolge freigelassen hat. In l. 43 D. 19, 1 geht Paulus in Übereinstimmung mit Julian aber weiter und gibt die actio empti in einem solchen Falle unbeschränkt. Der Käufer

---

[1] Eck S. 30.

soll die Klage darum haben, weil ihm durch das mangelnde Eigentum ein Vorteil entzogen ist.[1]

Die Gegner bezeichnen die hier angeführten Fälle als Ausnahmen; allein wendet man die darin ausgesprochenen Regeln auf andere gleichartige Fälle an, so ergibt sich eine große Anzahl derartiger Fälle, daß man sie nicht mehr als Ausnahmen bezeichnen kann; allerdings muß zugegeben werden, daß die Römer diese Sätze nicht auf ein allgemeines Prinzip zurückführten. Ziehen wir nun den Schluß aus dem Gesagten: Wenn auch in einigen Quellenstellen davon die Rede ist, daß der Verkäufer nur verpflichtet war, dem Käufer das habere licere zu gewähren, so sind doch, wie wir gesehen haben, die römischen Juristen in zahlreichen Entscheidungen über jenen Satz hinausgegangen und wird man daher der Ansicht Ecks beipflichten können, daß auch bereits das römische Recht den Verkäufer nicht nur zur Gewährung des faktischen, sondern auch des rechtlichen Habens verpflichtet wissen wollte. Daß noch kein einheitliches diesbezügliches System aufgestellt wurde, dürfte wohl darin seinen Grund haben, daß, wie noch nachher näher erklärt werden wird, dem Käufer im römischen Recht das fehlende Eigentum nicht so sehr fühlbar wurde, und daß es ferner an einer Formel fehlte, die die verschiedenen Arten des Eigentums genau bezeichnete.[2] Eck

---

[1] vgl. Bernhöfts ausführliche Erörterung S. 173 ff.

[2] vgl. Eck S. 21.

faßt das Resultat seiner Untersuchung in die Worte: „Auf dem Wege zur prinzipiellen Aufstellung einer Eigentumsgewährung waren auch schon die Römer. Von der actio auctoritatis an, durch das Stadium der stipulatio duplae hindurch, bis zu der actio empti hat sich das römische Recht stetig in der Richtung auf eine Stärkung der Rechte des Käufers entwickelt. Wenn gleichwohl in den Pandekten und dem Kodex sich noch allgemeine Sätze des Inhalts finden, daß der Verkäufer die Sache nicht in das Eigentum des Käufers zu bringen schuldig sei, so sind diese vom Standpunkte des älteren Prinzips, das die Gewährleistungsansprüche des Käufers in die Eviktionsstipulation konzentrierte, zu erklären.“[1]

§ 2.

Ist auf den Käufer kein Eigentum übergegangen, so konnte er trotzdem grundsätzlich erst dann gegen den Verkäufer wegen der mangelhaften Rechtsverschaffung Ansprüche erheben, wenn der Kaufgegenstand durch einen Dritten dem Käufer entzogen — evinziert — war. Die Eviktion ist, wie Gesterding sagt, „das Ereignis wofür, der Grund warum, und die Bedingung ohne welche nicht Entschädigung zu leisten ist“.[2] Trotzdem also der

---

[1] vgl. auch Endemann S. 913 Anm. 10 und Oertmann S. 323.

[2] Gesterding S. 150.

Verkäufer, wie wir gesehen haben, verpflichtet ist, Eigentum auf den Käufer zu übertragen, so haftet er doch nicht schon dann, wenn es sich herausstellt, daß er kein Eigentum übertragen hat, sondern erst dann, wenn der Dritte sein Recht mit Erfolg geltend gemacht hat.

Evitionsprinzip.[1]

Der Standpunkt des römischen Rechts ist sehr wohl verständlich, wenn man daran denkt, daß der Käufer auch ohne Eigentümer zu sein, die hauptsächlichsten Rechte eines solchen ausüben konnte. Gegen Ansprüche des Verkäufers hatte er die exceptio rei traditae et venditae und gegen Dritte war er hinreichend durch die actio Publiciana geschützt. Ja in den Quellen sieht man noch aus Aussprüchen, wie l. 17 D. 6, 2 Neratius libro tertio membranorum. Publiciana actio non ideo comparata

---

[1] Jörs S. 140. So sagt Jörs: „Der Käufer konnte beim Sachkauf fordern, daß ihm die verkaufte res mancipi durch mancipatio oder in iure cessio, die verkaufte res nec mancipi durch Tradition übertragen werde. In beiden Fällen ging die Absicht der Parteien auf Verschaffung des Eigentums, aber der Verkäufer haftet nicht wegen des Rechtsmangels als solchen, sondern erst dann, wenn infolge desselben dem Käufer Besitz und Nutzung der Sache (uti frui habere possidere usucapi licere) durch einen besser Berechtigten tatsächlich entzogen war. In diesem Sinne ist der Satz, daß der Verkäufer nicht verpflichtet sei, den Käufer zum Eigentümer zu machen, zu verstehen."

est, ut res domino auferatur; sed ut is, qui bona fide emit possessionemque ea causa nactus est, potius rem habeat, daß die Schaffung der actio Publiciana zunächst im Interesse des Käufers erfolgt ist. Der Käufer wurde im römischen Recht nur dann Eigentümer, wenn der Verkäufer Eigentümer gewesen war, gemäß des Grundsatzes: nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet. Da seine Rechtslage infolgedessen eine sehr unsichere war, griff man zu einem Hilfsmittel, und dies war die Ersitzung. Der Erwerb des Eigentums mittels Ersitzung vollendete sich in verhältnismäßig kurzer Zeit und die Ersitzung wurde durch nach dem Erwerbe eintretende Kenntnis von Rechten Dritter nicht gehindert: mala fides superveniens non nocet. Dem Käufer kam noch ein weiterer Umstand bei der Ersitzung zugute, und zwar die accessio possessionis, d. h. die Anrechnung der Ersitzungszeit des Vorgängers. Hatte der Käufer eine Sache gekauft, so konnte er sich die Zeit, in welcher der Verkäufer die Sache in seinem Besitz gehabt hatte, auf seine Ersitzungszeit anrechnen, aber selbstverständlich nur dann, wenn der Verkäufer und der Käufer gutgläubig waren, denn der gute Glaube muß im Augenblicke des Besitzerwerbes vorhanden gewesen sein. Man sagte sich, daß der Käufer durch die Publiciana hinreichend geschützt sei und gab ihm daher erst dann einen Regreßanspruch gegen den Verkäufer wenn ihm der Kaufgegenstand vor vollendeter Ersitzung entzogen wurde. Es wäre auch nach der ganzen Gestaltung des römischen Rechts dem Verkäufer gegenüber

eine Ungerechtigkeit gewesen, hätte man ihn, sobald es sich herausstellte, daß er kein Eigentum übertragen hatte, regreßpflichtig gemacht, denn mag der Verkäufer auch seinerseits, als er die Sache erwarb, bona fide gewesen sein, so konnte er wegen des Satzes, daß trotz gutgläubigen Erwerbs das Eigentum auf den Käufer nicht übergeht, falls der Verkäufer nicht Eigentümer war, keine Garantie dafür übernehmen, daß er auch wirklich Eigentum übertrage, und bei dieser Ungewißheit der Eigentumsverhältnisse konnte man ihn auch nicht schon dann haften lassen, wenn sich nun Rechte Dritter zeigten, ohne geltend gemacht zu werden, sondern es lag in der Natur der Sache, daß man ihn erst dann regreßpflichtig machte, wenn die Sache dem Käufer entzogen war. Überdies konnte sich der Käufer mit seiner Lage vollständig zufrieden geben, denn im Falle einer Eviktion bekam er entweder, wenn eine stipulatio duplae, wie dies die Regel war, abgeschlossen wurde, das Doppelte des Preises ersetzt, oder falls keine solche stipulatio eingegangen war, konnte er doch mit der actio empti auf sein volles Interesse klagen.

§ 3.

Nachdem so dargetan ist, wie sich im römischen Recht die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel gestaltet hat, wollen wir nun zusehen, wie sich das heutige Reichsrecht dazu verhält.

§ 433 BGB. bestimmt zweierlei, einmal, daß der Verkäufer die Sache dem Käufer zu übergeben, und dann, daß er ihm das Eigentum an der Sache zu verschaffen hat. Durch diese letztere Bestimmung stellt sich das heutige Recht in schroffen Gegensatz zu dem römischen Recht. Sobald sich zeigt, daß an dem verkauften Gegenstande irgendwelche Rechte Dritter bestehen, kann nach heutigem Recht der Käufer den Verkäufer in Anspruch nehmen. Während im römischen Recht das Eviktionsprinzip galt, hat man im Bürgerlichen Gesetzbuch **das Verschaffungsprinzip** angenommen.

Im 1. Entw. war man prinzipiell noch dem römischrechtlichen Eviktionsprinzip gefolgt; man nahm aus Billigkeitsrücksichten an, daß der Käufer erst dann einen Regreßanspruch gegen den Verkäufer haben solle, wenn der Dritte sein Recht mit Erfolg geltend gemacht habe. Allein in der endgültigen Fassung wurde der obenerwähnte konträre Standpunkt angenommen. So heißt es in den Protokollen: „Der Käufer dürfe vielmehr davon ausgehen, daß ihm das Recht an dem Kaufgegenstande, welchen er erwerben will, auch wirklich verschafft werde; er habe nicht nötig, abzuwarten, bis ihm ein Nachteil entstanden sei“.[1]

Durch die Übergabe, „das ist der zweiseitige Rechtsakt der Besitzübertragung“, wird dem Käufer die Herr-

---

[1] Prot. S. 662.

schaft über die Sache übertragen, und es stehen ihm nunmehr insbesondere die Rechtsschutzmittel eines Besitzers zu, er kann dann sowohl nach §§ 861, 862 als auch nach § 859 BGB. seinen gestörten Besitz schützen. Zur Übergabe war der Verkäufer im römischen Recht, wie wir gesehen haben, ebenso wie im heutigen Rechte verpflichtet, die gesetzliche Verschaffungspflicht des Eigentums und die daran geknüpften Folgen sind jedoch ein dem modernen Verkehr entsprechendes neues Erfordernis. Zur Übertragung des Eigentums gehört nach heutigem Recht sowohl der hierauf bezügliche dingliche Vertrag, als auch die Übergabe der Sache. Die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung besteht in allen Fällen in gleichem Maße und leitet ihre Quelle etwa nicht vom Parteiwillen, sondern lediglich vom Gesetz her. Auch die Bestimmung des römischen Rechts, daß der Käufer erst Eigentümer wird, wenn er den Kaufpreis gezahlt hat, kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht, sondern Einigung und Übergabe haben ohne weiteres den Übergang des Eigentums zur Folge. Der Verkäufer muß unentziehbares Eigentum an der Sache haben; hat er dies nicht, so ist ein Mangel im Recht vorhanden, für den er einstehen muß. In § 434 bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch dann weiter, daß der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können. Solche Rechte sind zunächst alle an der Sache haftenden dinglichen Rechte, ferner Besitzansprüche sowie

Ansprüche, welche aus Veräußerungsverboten (§ 135 BGB.) oder aus Verfügungsbeschränkungen (§ 1404 BGB.) entstehen können. Auch die Ansprüche eines Mieters gemäß § 571 gehören dazu und die event. Verwendungsansprüche und Zurückbehaltungsrechte eines Besitzers (§ 1000). Auch ist, da die Gewährleistungspflicht lediglich ein Bestandteil des jetzt gesetzlich so normierten Wesens des Kaufes ist, nicht notwendig, daß ein etwaiges Verschulden des Verkäufers vorliegt, insbesondere ist es auch gleichgültig, ob der Verkäufer den Mangel im Rechte beim Vertragsschlusse kannte oder nicht. Würde man das Verschaffungsprinzip ganz streng durchführen, so würde es keinen Unterschied machen, ob die Rechte Dritter überhaupt geltend gemacht werden können, wofern sie nur vorhanden sind, aber § 434 BGB. sagt ausdrücklich, daß nur solche Rechte Dritter in Frage kommen, welche auch wirklich geltend gemacht werden können. Während die Bedeutung der Eviktion im römischen Recht darin lag, daß sie den Rechtsmangel zum ersten Male in einwandsfreier Weise feststellte, hat sie diese Bedeutung im heutigen Rechte verloren. Nur in einem Ausnahmefalle, und zwar bei beweglichen Sachen, ist es erforderlich, daß die Sache sich nicht mehr im Besitze des Käufers befindet, damit dieser einen Schadensersatzanspruch wegen mangelhafter Rechtsverschaffung gegen den Verkäufer mit Erfolg geltend machen kann.

Der Standpunkt, den das Bürgerliche Gesetzbuch im Gegensatz zum römischen Recht vertritt, ist sehr wohl er-

klärlich durch die Gestaltung des Sachenrechts; in diese Materie sind nicht römischrechtliche, sondern deutschrechtliche Elemente aufgenommen worden. Der Satz: Wo einer seinen Glauben gelassen hat, muß er ihn wieder suchen ist im Bürgerlichen Gesetzbuch wieder zur Anerkennung gebracht durch die Bestimmung, daß der gutgläubige Erwerber auch dann Eigentümer wird, wenn der Veräußerer nicht Eigentümer war. Das Bürgerliche Gesetzbuch läßt also einen originären Rechtserwerb durch guten Glauben in großem Umfange zu. Der Käufer wird in den meisten Fällen auch wirklich Eigentümer werden — nur an gestohlenen, verloren oder sonst abhanden gekommenen Sachen erwirbt er gemäß § 935 trotz guten Glaubens kein Eigentum —, und es wäre unbillig, wenn man einen Käufer, der genau weiß, daß er nicht Eigentümer geworden ist, so lange warten lassen wollte, bis der Dritte mit seinem Rechte hervortritt und der Verkäufer vielleicht nicht mehr imstande ist, Schadensersatz zu leisten. Die gesteigerte Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung des Eigentums ist sehr erklärlich, denn er kann sich vor dem Verkauf leichter wie im römischen Recht klar darüber werden, inwieweit ihm Rechte an dem zu verkaufenden Gegenstande zustehen, da die Ungewißheit der Eigentumsverhältnisse im römischen Recht durch die Bestimmungen des heutigen Rechts zum Teil über den Erwerb im guten Glauben, zum Teil durch das Grundbuchsystem beseitigt ist. Die Ersitzung, welche im römischen Recht als Korrektiv mangelnder Eigentums-

verschaffung galt — ersitzungsunfähig waren nur wenige Sachen, so z. B. die res furtivae, ferner die Sachen, welche einem gesetzlichen Veräußerungsverbot unterlagen, sowie die res extra commercium —, hat diese ihre Bedeutung fast völlig eingebüßt, denn sie ist einmal durch ihre längere Dauer und dann durch den Satz, daß die Ersitzung durch eine vor ihrer Vollendung eintretende Kenntnis des Rechtsmangels gehindert wird: mala fides superveniens nocet, sehr beschränkt.

§ 4.

Gehen wir nun noch einmal auf die besondere Bestimmung beim Verkauf beweglicher Sachen in § 440 zurück. Hier ist die Bestimmung ausgesprochen, daß der Käufer, falls eine bewegliche Sache verkauft und dem Käufer zum Zwecke der Eigentumsübertragung übergeben worden ist, wegen des Rechtes eines Dritten, das zum Besitze der Sache berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur verlangen kann, wenn er die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat, oder sie dem Verkäufer zurückgewährt, oder wenn die Sache untergegangen ist. Wenn Schollmeyer nun sagt, daß hier das römischrechtliche Entwehrungsprinzip beibehalten sei, so möchte ich dem nicht beistimmen. Das römische Recht forderte vielmehr einen Kausalzusammenhang zwischen dem Besitzverluste und dem Rechtsmangel; die Sache mußte dem Käufer auf Grund des Rechts-

mangels entzogen sein. Im Bürgerlichen Gesetzbuche kann dagegen von solch einem Kausalzusammenhange nicht die Rede sein, da, wie § 440 Abs. 2 sagt, der Käufer auch dann Schadensersatz verlangen kann, wenn die Sache untergegangen ist. Es genügt im Bürgerlichen Gesetzbuche, daß einerseits der Käufer den Besitz verloren hat, und daß andrerseits ein Rechtsmangel besteht. Es ist also hier wohl eine äußere Ähnlichkeit zwischen römischem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuche vorhanden, aber der Grundgedanke ist bei beiden durchaus verschieden. Der Grund dafür, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in diesem Falle von dem sonst streng durchgeführten Verschaffungsprinzip abweicht, ist in der praktischen Erwägung zu suchen, daß es offenbar unbillig wäre, wenn der Käufer den Besitz der Sache und zugleich einen Schadensersatzanspruch hätte.[1] Sehr richtig weist auch Petri[2] darauf hin, daß es schwierig wäre, den Schaden zu berechnen, den der Käufer, der sich noch im Besitz und Genuß der Sache befindet, dadurch erleidet, daß ein Dritter ihm unter Umständen die Sache entziehen kann. Übrigens ist der Besitzerverlust nur Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch; die anderen dem Käufer bei mangelnder Rechtsverschaffung zu Gebote stehenden Rechtsbehelfe, von denen noch später im einzelnen zu sprechen sein wird, kann er auch bei beweglichen Sachen,

---

[1] vgl. Denkschrift S. 60.

[2] Petri S. 40.

sobald es sich nur zeigt, daß der Verkäufer Eigentum nicht übertragen hat, geltend machen.

Der Käufer ist also, wie wir gesehen haben, im Bürgerlichen Gesetzbuche bedeutend besser gestellt als im römischen Recht, aber in der Praxis wird sich der Unterschied nicht sehr bemerkbar machen, denn durch die Bestimmungen der §§ 439 Abs. 1 u. 932 ist die Anzahl der Fälle, in denen der Käufer wegen eines Rechtsmangels Ansprüche gegen den Verkäufer erheben kann, sehr eingeschränkt. Einen Regreßanspruch wegen mangelnder Eigentumsverschaffung an einer verkauften beweglichen Sache wird der Käufer nur in folgenden Fällen gegen den Verkäufer erheben können:

1. wenn ihm der Rechtsmangel bei dem Vertragsschluß zwar unbekannt, bei der Übergabe aber bekannt war;

2. wenn ihm infolge grober Fahrlässigkeit der Rechtsmangel unbekannt geblieben ist (§ 932 Abs. 2);

3. wenn es sich um Sachen handelt, die dem Eigentümer gestohlen waren, oder die er verloren hatte, oder die ihm sonst abhanden gekommen sind (§ 935). Der Käufer erwirbt hier trotz guten Glaubens kein Eigentum. Eine Ausnahme hiervon befindet sich in § 935 Abs. 2 und eine Ausnahme hiervon wieder im HGB. § 367.

Sind so die Eviktionsfälle bei beweglichen Sachen im heutigen Recht, wie dargetan ist, beschränkt, so ist dies bei Grundstücken noch viel mehr der Fall. Der Käufer eines Grundstückes wird durch Einigung und

Eintragung ins Grundbuch Eigentümer des Grundstücks, selbst wenn es der Verkäufer nicht war, und der Inhalt des Grundbuchs gilt kraft seines öffentlichen Glaubens für wahr. Es wird hier nur der eine Fall der Eviktion möglich sein, nämlich dann, wenn der Erwerber bösgläubig ist, d. h. wenn er weiß, daß der Veräußerer nicht Eigentümer des zu veräußernden Grundstückes ist.

II.

§ 5.

Gehen wir nun zum zweiten Hauptteil der Arbeit über und sehen zu, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit der Käufer einen Gewährleistungsanspruch gegen den Verkäufer mit Erfolg geltend machen kann. Zunächst im römischen Recht. Es wurden hier drei Erfordernisse aufgestellt:

1. dem Käufer muß der Kaufgegenstand durch ein gerichtliches Verfahren entzogen sein;

2. der Käufer muß den Prozeß sorgfältig geführt haben;

3. der Verkäufer muß den Rechtsmangel zu vertreten haben.

Ad 1. Es muß grundsätzlich ein Prozeß zwischen dem Käufer und dem Dritten stattgefunden haben und zuungunsten des Käufers entschieden sein.[1] Der Prozeß muß vor einem ordentlichen Gericht geführt sein; falls der Käufer mit dem dritten Berechtigten vereinbart hatte, daß ein Schiedsspruch die Rechtslage feststellen solle, und

[1] A. M. Bekker S. 288: „Hat der Käufer die Sache ohne Prozeß herausgegeben, so muß er nachweisen, daß er vernünftigerweise nicht anders habe handeln dürfen“.

ist in diesem gegen den Käufer erkannt worden, so konnte der Käufer nun nicht von dem Verkäufer Regreß nehmen, denn der Schiedsspruch entscheidet nach frei waltendem arbitrium und stellt nicht durch Anwendung von Rechtssätzen Rechtsverhältnisse fest; so lesen wir in l. 56 § 1 D. 21, 1: Paulus libro secundo ad edictum aedilium curulium. Si compromisero et contra me data fuerit sententia, nulla mihii actio de evictione danda est adversus venditorem: nulla enim necessitate cogente id feci. Der Käufer kann in dem Prozeß sowohl Kläger als auch Beklagter sein, und in letzterem Falle steht es der Herausgabe gleich, wenn er dem Dritten den Wert der Sache ersetzt; dies lesen wir in l. 16 § 1 D. 21, 2: Pomponus libro nono ad Sabinum. Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori vel damnatus est litis aestimatione vel possessor ab emptore conventus, absolutus est. In älterer Zeit wird die Zahlung der litis aestimatio sehr häufig gewesen sein, denn falls der Beklagte dem zunächst ergehenden arbitratus, der auf Herausgabe der Sache ging, keine Folge leistete, mußte die Verurteilung auf den Geldwert erfolgen, den der Kläger durch iuramentum in litem schätzen durfte; im späteren Recht wurde dann aber der arbitratus unmittelbar vollstreckbar, der Beklagte konnte also gezwungen werden, die Sache herauszugeben. Auf Grund des in dem Prozeß zwischen dem Käufer und dem Dritten ergangenen Urteils mußte dem Käufer aber auch tatsächlich der Kaufgegenstand entzogen sein, der Erlaß des Eviktions-

urteils genügte keinesfalls. Kein Eviktionsanspruch war daher gegeben, wenn nachher z. B. der Eigentümer erblos verstarb oder die Durchsetzung des Urteils durch Schenkung unterblieb. Übrigens gibt es auch einige Fälle, in denen ein vorhergehender Prozeß nicht notwendig war; so, wenn der Käufer die Sache mit Zustimmung des Verkäufers dem Dritten herausgegeben hat, ohne die Erhebung der Klage abzuwarten, die Regel blieb aber jedenfalls, daß ein Prozeß stattgefunden haben mußte, wenn der Käufer mit Erfolg eine Regreßklage gegen den Verkäufer durchsetzen wollte.

Ad 2. Um sich einen Regreßanspruch gegen den Verkäufer zu wahren, mußte der Käufer bei Führung des Prozesses die größte Sorgsamkeit anwenden und durfte nichts unterlassen, was für ihn von Vorteil sein konnte. So verlor er z. B. seinen Gewährleistungsanspruch, wenn er sich nicht am Prozesse beteiligte, denn dann ist mehr seine contumacia als die mangelhafte Rechtsverschaffung von seiten des Verkäufers der Grund dafür, daß ihm der Kaufgegenstand entzogen wird. So sagt l. 55 pr. D. 21, 1: Ulpianus libro secundo ad edictum aedilium curulium. Si ideo contra emptorem iudicatum est, quod defuit, non committitur stipulatio: magis enim propter absentiam victus videtur, quam quod malam causam habebat. Der Käufer muß ferner die ihm günstigste Klage anstellen, besonders wenn ihn der Verkäufer hierzu auffordert; tut er dies nicht, stellt er z. B. anstatt der actio Publiciana die schwerer zu führende

rei vindicatio an und unterliegt dabei, so geht er seines Gewährleistungsanspruches verlustig. Dies sagt uns l. 66 pr. D. 21, 2: Papinianus libro vicesimo octavo quaestionum. Si, cum venditor admonuisset emptorem, ut Publiciana potius vel ea actione, quae de fundu vectigali proposita est, experiretur, emptor id facere supersedit, omnimodo nocebit ei dolus suus, nec committitur stipulatio. Schließlich gehört noch zu einer sorgfältigen Prozeßführung, daß der Käufer dem Verkäufer den Streit verkündet. Allerdings besteht hierüber Streit, indem einige[1] behaupten, daß unterlassene litis denuntiatio dem Käufer den Regreßanspruch nicht nehme, sondern daß derselbe diesen behalte, wenn er dem Verkäufer beweist, daß der Dritte auch bei rechtzeitiger Streitverkündung den Prozeß gewonnen haben würde. Dieser Meinung kann ich mich jedoch nicht anschließen. Bei der actio ex stipulatu, einer actio stricti iuris, war die Verpflichtung zur Streitverkündung in der Stipulationsformel enthalten und ergibt sich daraus, daß diese auch unbedingt vorgenommen werden mußte; doch wird auch die Denuntiationspflicht auf die bona fides zurückgeführt und mit parum instructum esse des Käufers begründet. Dies sagt uns l. 52 § 1 D. 21, 2: Paulus libro septuagesimo septimo ad edictum. Si, cum possit emptor auctori denuntiare, non denuntiasset idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset, hoc ipso videtur dolo fecisse et ex stipulatu agere

[1] vgl. Windscheid-Kipp S. 673 Anm. 12; Sintenis § 116 Anm. 193; Fuchs S. 31 ff.

non potest. Aber auch bei der actio empti muß die Streitverkündung die notwendige Bedingung gewesen sein, ohne die in der Regel kein Regreßanspruch gegen den Verkäufer durchdrang. Dies sagt uns mit aller Deutlichkeit eine Quellenstelle in l. 8, 44, 8: Emptor fundi, nisi auctori, aut heredi eius denuntiaverit evicto praedio neque ex stipulatu neque ex dupla, neque ex empto actionem contra venditorem, vel fideiussorem eius habet.[1] Die Gegner der hier vertretenen Ansicht wenden nun allerdings ein, daß in dieser Stelle die stipulatio zweimal — neque ex stipulatu, neque ex dupla — erwähnt sei, und nehmen daher an, daß diese Stelle falsch überliefert sei, allein unter der dupla kann man auch sehr wohl die actio auctoritatis verstehen, die ja bekanntlich auch auf das Doppelte ging, und sehe ich daher keinen Grund, diese Stelle als unrichtig zu bezeichnen. In der Unterlassung der Streitverkündung liegt doch entschieden ein dolus des Käufers, denn der Verkäufer hat zweifellos von dem Umfange seines auf den Käufer übergegangenen Rechtes viel bessere Kenntnis als dieser und kann daher weit erfolgreicher alle Maßregeln betreffs Abwehr des Anspruches des Dritten treffen. Für die Ansicht, daß unterlassene Streitverkündung den Regreßanspruch nimmt, sprechen sich unter anderem auch Puchta[2] und Keller aus.[3][4]

[1] vgl. l. 49 D. 21, 2; l. 62 § 1 D. 21, 2; l. 85 § 5 D. 45, 1.

[2] Puchta § 362; so auch Rabel S. 29.

[3] Keller S. 63; so auch Rabel S. 29.

[4] Dernburg S. 271 meint, daß der Käufer, welcher die

Wenn Windscheid-Kipp[1]) dem Käufer, welcher die litis denuntiatio unterläßt, den Regreßanspruch nur dann versagen will, wenn der Verkäufer beweist, daß der Prozeß durch sein Eingreifen einen anderen Ausgang genommen hätte, so kann ich dem nicht beistimmen; es ist doch zumindest eine Nachlässigkeit des Käufers, wenn er seinem auctor nicht den Streit verkündet, und infolge dieser Nachlässigkeit ihm noch einen Vorteil verschaffen — und dies wäre doch der Fall, wollte man den Verkäufer beweispflichtig machen — wäre doch durchaus unbillig und ungerecht; außerdem wäre wohl ein solcher Beweis auch recht schwer zu führen. Schließlich sei noch erwähnt, daß es einer Streitverkündung zur Erhaltung des Regreßanspruches nicht bedarf, wenn der Verkäufer darauf verzichtet hat oder dieselbe aus einem in der Person des Verkäufers liegenden Grunde nicht möglich ist, z. B. weil der Aufenthaltsort des Verkäufers unbekannt ist. Für den Zeitpunkt der Vornahme der litis denuntiatio hat das römische Recht nur allgemein bestimmt, daß sie noch vor erfolgter Verurteilung geschehen müsse; so sagt l. 29 § 2 D. 21, 2: Pomponius libro undecimo ad Sabinum. Quolibet tempore venditori renuntiari potest, ut de ea re agenda adsit: quia non praefinitur certum tempus

---

Streitverkündung unterläßt, sich dem Verkäufer gegenüber nicht auf das evinzierende Urteil stützen könne, sondern selbständig nachweisen müsse, daß er wegen des mangelnden Rechtes nicht in die kontraktmäßig bedungene Stellung kam.

[1] S. 673 Anm. 12.

in ea stipulatione: dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat. Wenn Labeo in l. 29 § 3 D. 32 sagt: sed hoc amplius ait debere te, priusquam iudicium accipiatur, denuntiari heredi, so ist damit die litis contestatio als die Zeit angegeben, zu welcher die Streitverkündung gewöhnlich und am sichersten zu geschehen pflegte. Die Form der Anzeige war gleichgültig, sie konnte sowohl gerichtlich als außergerichtlich erfolgen.

Ad 3. Der Verkäufer muß den Rechtsmangel zu vertreten haben. Dieser muß zur Zeit des Kaufabschlusses bestanden haben, nach Abschluß desselben haftet der Verkäufer nur noch für solche Rechtsmängel, bezüglich deren ihn ein Verschulden trifft; so heißt es in l. 11 pr. D. 21, 1: Paulus libro sexto responsorum. Paulus respondit futuros casus evictionis post contractam emptionem ad venditorem pertinere. Falls zwar ein Rechtsmangel bestand, aber der Käufer in der Lage gewesen wäre, dem Mangel abzuhelfen, dies aber versäumt hat, so haftet der Verkäufer nicht, so z. B. wenn der Käufer das fehlende Eigentum durch Ersitzung hätte erwerben können. So lesen wir in l. 56 § 3 D. 21, 2: Paulus libro secundo ad edictum aedilium curulium. Si, cum possit usucapere emptor non cepit, culpa sua hoc fecisse videtur, unde si evictus est servus, non tenetur venditor. Wegen eines Mangels im Rechte des Verkäufers muß die Entwehrung stattgefunden haben; es wird ein Kausalzusammenhang zwischen dem Besitzverluste und dem Rechtsmangel gefordert, daher haftet

der Verkäufer nicht, wenn der Kaufgegenstand untergegangen ist (anders BGB. § 440 Abs. 2); so sagt l. 21 pr. D. 21, 1: Ulpianus libro vicesimo nono ad Sabinum. Si servus venditus decesserit, antequam evincatur stipulatio non committitur, quia nemo eum evincat, sed factum (fatum) humanae sortis. Der Verkäufer haftet aus demselben Grunde ferner dann nicht, wenn der Käufer die Sache derelinquiert, oder ein Dritter sie ihm gewaltsam fortgenommen hat. Die Haftung des Verkäufers ist auch dann ausgeschlossen, wenn zwar ein Rechtsmangel besteht, der Käufer diesen jedoch beim Abschlusse des Kaufvertrages kannte. Der Käufer kann in solch einem Falle nicht einmal den Kaufpreis zurückfordern, wenn ihm die Sache durch den dritten Berechtigten entzogen wird.[26]) Hiervon gibt es eine Ausnahme. Der Legatar kann eine ihm vermachte Sache, die der Erbe einem Dritten verkauft hatte, von diesem vindizieren. Damit der Erbe nun für seine unlautere Handlungsweise gestraft werde, ist dem Dritten das Recht eingeräumt, den Kaufpreis vom Erben zurückzufordern, selbst wenn er das mangelnde Verkaufsrecht des Erben beim Kaufabschlusse kannte.

Eine Ausnahme von der Regel, daß der Verkäufer Rechtsmängel zu vertreten hat, liegt beim Pfandverkaufe vor. Der Pfandgläubiger, der eine Pfandsache in der

---

[1]) vgl. Dernburg S. 274.

gesetzlich vorgeschriebenen Form verkauft, haftet dem Käufer nicht (ebenso im heutigen Recht ZPO. § 806). Dies sagt uns l. 10 D. 20, 5: Paulus libro sexto responsorum. Etsi is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest. Statt seiner haftet der Verpfänder, soweit er bereichert ist. Der Grund hierfür ist wohl darin zu suchen, daß der Pfandgläubiger aus dem Verkaufe keinen Gewinn, sondern nur Befriedigung seiner Forderung erstrebt, und es wäre ungerecht, wollte man ihn nicht nur für sein eigenes Recht, seine Verkaufsbefugnis, sondern auch noch für das Recht des Verpfänders verantwortlich machen. Einen eigentümlichen Fall gab es noch im römischen Recht, in dem der Verkäufer nicht regreßpflichtig gemacht werden konnte, nämlich dann, wenn jemand beim Spiele verkaufte, um mit dem Erlöse weiterspielen zu können. Dies entnehmen wir l. 2 § 1 D. 44, 5: Si in alea rem vendam, ut ludam et evicta re conveniar, exceptione summovebitur emptor. Der Verkäufer kann auch von vornherein die Haftung durch ein pactum de non praestanda evictione ausschließen. Darüber, ob in einem solchen Falle der Käufer nicht wenigstens den Kaufpreis zurückfordern konnte, wenn ihm der Kaufgegenstand tatsächlich später infolge eines Rechtsmangels entzogen wurde, sind die Ansichten von Julian und Ulpian in den Quellen verschieden. Julians Meinung geht dahin, daß wenigstens der Kaufpreis zurückgefordert werden konnte, während Ulpian

dies verneint. Die herrschende Meinung hat sich der Lehre Ulpians angeschlossen.[1]

§ 6.

Sehen wir nun zu, wie es sich mit den soeben erörterten Bestimmungen im Bürgerlichen Gesetzbuch verhält. Von Voraussetzungen der Eviktionshaftung kann man hier nicht mehr sprechen, denn aus der Verpflichtung zur Rechtsverschaffung ergibt sich der Anspruch gegen den Verkäufer unmittelbar. Daher ist es nicht mehr notwendig, daß ein Prozeß zwischen dem Käufer und dem berechtigten Dritten geführt ist, wie dies im römischen Recht gefordert wurde, sondern es genügt, wenn der Käufer beweist, daß das Recht des Dritten begründet ist (§ 442). Die Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, daß der Käufer für das bestehende Recht des Dritten beweispflichtig ist, ist jedoch eine bemerkenswerte Durchbrechung des Prinzipes der sonstigen Regelung der Beweispflicht. — Während sonst allgemein der Schuldner den Beweis zu führen hat, daß von seiner Seite aus der Vertrag voll erfüllt ist, legt § 442, falls der Verkäufer den vom Käufer geltend gemachten Mangel im Rechte bestreitet, dem Käufer den Beweis für diesen Rechtsmangel auf. Der Grund hierfür ist darin zu suchen, daß der Verkäufer, welcher seinerseits dem Käufer die Sache über-

---

[1] vgl. Windscheid-Kipp § 391 Anm. 38; Vangerow § 610 Anm. 4; Bachmann Bd. 1 S. 683; Glück S. 300 ff., besonders S. 330.

geben hat, einen äußerlich fehlerfreien Tatbestand hergestellt hat. Dieser äußerlich ohne Mangel vorhandene Zustand trägt nun seine Berechtigung so lange in sich, bis er für rechtlich unbegründet erklärt wird, und derjenige, welcher diesen Zustand für nicht dem Rechte entsprechend erklärt, muß sein Begehren rechtfertigen.[1] Endemann faßt diesen Gedanken sehr treffend in die Worte: „Alle Rechtsverhältnisse werden um des einmal hergestellten äußeren Tatbestandes willen so lange anerkannt, bis der Angreifende, oder wer sich sonst ihrer Wirkung entziehen will, einen zerstörenden inneren Mangel oder eine aufhebende Tatsache nachgewiesen hat“. In den Motiven[2] lesen wir hierüber: Wo die Streitverkündung nicht Bedingung des Anspruches des Erwerbers ist, tritt der Grundgedanke, daß der Erwerber das Recht des Dritten beweisen müsse, überall hervor. Der Entwurf sieht von dem Erfordernisse der Eviktion durch gerichtliches Urteil ab und legt daher dem Erwerber auch die Verpflichtung zur Streitverkündung nicht auf. Demgemäß liegt dem Erwerber neben dem Beweise, daß das Recht des Dritten mit Erfolg geltend gemacht worden ist, noch allgemein und unbedingt der Beweis ob, daß das Recht des Dritten begründet ist. Die Beweislast in Ansehung des Rechtsmangels ist demjenigen, welchem das Recht verschafft werden soll, in allen Fällen, auch wo es sich

---

[1] Oertmann S. 338; Endemann S. 933, 497.

[2] Mot. Bd. 2 S. 223.

nicht um den Schadensersatzanspruch handelt, aus absoluten Zweckmäßigkeitsrücksichten aufzuerlegen.

Die Bestimmung des § 442 gilt übrigens sowohl dann, wenn der Käufer wegen des Mangels klagt, als auch dann, wenn er sich, falls der Verkäufer auf den Kaufpreis klagt, einredeweise auf den Rechtsmangel beruft.

Da ein Prozeß nicht mehr die notwendige Voraussetzung zur Inanspruchnahme des Verkäufers ist, so ist damit auch das Erfordernis der Streitverkündung fortgefallen. § 72 ZPO. sagt nur, daß derjenige, welcher für den Fall des ihm ungünstigen Ausganges eines Rechtsstreites einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt, diesem den Streit verkünden kann. Allerdings wird der Käufer stets gut daran tun, dem Verkäufer den Streit zu verkünden, sonst kommt er, falls der Verkäufer den Rechtsmangel bestreitet, in die unangenehme Lage, diesen beweisen zu müssen (§ 442 BGB.). Tritt der Verkäufer dem Käufer bei, so bestimmt sich gemäß § 74 ZPO. sein Verhältnis zu den Parteien nach den Grundsätzen über die Nebenintervention. Die Streitverkündung muß gemäß § 73 ZPO. durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgen, in welchem der Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreites angegeben ist. Wenn der Käufer dem Verkäufer den Streit verkündet, so muß dies rechtzeitig erfolgen, so daß der Verkäufer noch Verteidigungsmittel erfolgreich vorbringen kann, also auch noch in der

Berufungsinstanz, in der laut § 529 ZPO. Angriffs- und Verteidigungsmittel, welche in der ersten Instanz nicht geltend gemacht sind, insbesondere neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden können. Der Beitritt des Verkäufers regelt sich nach § 70 ZPO. Ist er einmal beigetreten, so darf er in einem folgenden Prozesse gegen seine Partei nicht mehr die Einwendung machen, daß der Rechtsstreit vom Richter unrichtig entschieden sei, ebenso nicht, daß seine Partei den Prozeß schlecht geführt habe; letzteres darf er aber, insoweit er durch die Lage des Rechtsstreites zur Zeit, in welcher der Beitritt infolge der Streitverkündung möglich war, oder durch Erklärungen und Handlungen der von ihm unterstützten Hauptpartei verhindert worden ist, Prozeßhandlungen vorzunehmen (§ 68 mit § 74 Abs. 3 ZPO.). Wird der Streit nicht verkündet, so kann der Verkäufer gemäß § 66 ZPO. von selbst dem Käufer zur Unterstützung beitreten.

Der Verkäufer hat nur diejenigen Rechtsmängel zu vertreten, welche zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden sind; für die nach demselben entstandenen haftet er nur, falls dies besonders vereinbart ist, oder ein Umstand vorliegt, durch den der Verkäufer kraft Gesetzes verbunden wird, für den Rechtsmangel zu haften, so z. B. beim Vorliegen von Vorsatz oder Fahrlässigkeit (§ 823 BGB.). Die Gefahr für Rechtsmängel trägt der Verkäufer, solange und soweit er noch nicht erfüllt hat. Die Übergabe der Sache hat als solche keinen Übergang der Gefahr für Mängel im Recht zur Folge, ausgenommen, wenn sich

mit der Übergabe die Erfüllung der Rechtsverschaffungspflicht durch Rechtsübertragung verbindet.

Der Verkäufer haftet auch im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht, wenn der Käufer den Rechtsmangel beim Vertragsschlusse kannte (§ 439 Abs. 1), denn dann ist anzunehmen, daß er die durch das Recht des Dritten drohende Gefahr selbst tragen will, natürlich wird er den Kaufpreis dann entsprechend herabdrücken. Doch steht in diesem Falle das Kennenmüssen dem Kennen nicht gleich, da der Verkäufer gemäß § 444 BGB. die Pflicht zur Auskunftserteilung hat, so daß der Käufer eigene Erkundigungen nicht einzuziehen braucht. Die Bestimmung des § 439 ist aber nur dispositiver Natur, so daß der Verkäufer sehr wohl versprechen kann, für einen Rechtsmangel haften zu wollen, auch wenn der Käufer denselben beim Vertragsschlusse kennt. Haben Käufer und Verkäufer wissentlich über eine fremde Sache kontrahiert, so kann z. B. hierin eine solche Zusicherung liegen,[1] es kann aber hierin ebensogut auch ein Verzicht des Käufers auf die Haftungspflicht des Verkäufers liegen, es kommt eben ganz auf den einzelnen Fall an. Ein solcher Vertrag würde übrigens nichtig sein, wenn er gegen die guten Sitten, oder ein gesetzliches Verbot verstieße. Kennt der Käufer den Rechtsmangel bei dem Abschlusse des obligatorischen Vertrages nicht, wohl aber bei Abschluß des dinglichen Vertrages, so hängt es von dem einzelnen

[1] vgl. Mot. Bd. 2 S. 216.

Falle ab, ob hierin ein Verzicht des Käufers auf die Gewährleistung zu suchen ist.[1] Auch nach heutigem Recht kann vereinbart werden, daß dem Verkäufer die Haftung für einen Mangel im Recht erlassen sein solle, ein solcher Vertrag ist jedoch nach § 443 BGB. nichtig, wenn dem Verkäufer hierbei ein dolus zur Last fällt. Es ist zu beachten, daß hier Nichtigkeit die Folge ist, während sonst gemäß § 123 BGB. derjenige, welcher durch arglistige Täuschung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden ist, die Erklärung nur anfechten kann.

Schließlich sei noch auf einen besonderen Fall hingewiesen. Wenn bewegliche Sachen auf Grund einer Pfändung veräußert werden, so stehen dem Erwerber nach § 806 ZPO. wegen eines Mangels im Recht keine Ansprüche auf Gewährleistung zu, es haftet weder der Schuldner, noch der betreibende Teil. „Beide konnten und wollten nur geben, was vorhanden war.“[2] Im römischen Recht haftete in einem solchen Falle der Schuldner mit der actio empti auf Erstattung des Kaufpreises, wie dies aus l. 74 § 1 D. 21, 2 hervorgeht. Hermogenianus libro secundo epitomarum. Si iussu iudicis rei iudicatae pignus captum per officium distrahatur, post evincatur, ex empto contra eum, qui pretio liberatus est, non quamvis interest, sed de pretio dumtaxat eiusque usuris habita ratione fructuum dabitur, scilicet si hos ei, qui evicit, restituere non habet necesse.

---

[1] vgl. Mot. S. 216.

[2] vgl. Crome S. 443.

III.

§ 7.

Im dritten Teile der Arbeit sollen zunächst die Rechtsbehelfe behandelt werden, welche im römischen Recht dem Käufer im Falle einer Eviktion zu Gebote standen und wollen wir dann zusehen, welche Mittel und Wege dem Käufer im Bürgerlichen Gesetzbuch offenstehen, falls der Verkäufer ihm an der verkauften Sache kein Eigentum verschafft hat. In der ältesten Zeit war der Kauf teils formloser Handkauf und erzeugte als solcher keinerlei obligatorische Beziehungen zwischen den Kontrahenten, teils wurde er, nämlich bezüglich der res mancipi in der Form der mancipatio abgeschlossen. Die mancipatio war ein formelles Geschäft, durch das der Verkäufer auf den Käufer Eigentum an dem Kaufgegenstande übertragen mußte. Stellte es sich später heraus, daß der Verkäufer nicht Eigentümer gewesen war, und kam es zu einem Prozesse zwischen dem zum Besitz berechtigten Dritten und dem Käufer, so mußte der Verkäufer in diesem Prozeß die Verteidigung des Käufers übernehmen. Verweigerte er diese Verteidigung, oder übernahm er sie zwar, aber ohne Erfolg, so mußte er nach einer Bestimmung der 12 Tafeln eine Buße in

Höhe des doppelten Kaufpreises an den Käufer zahlen. Dieser Anspruch wurde geltend gemacht mit der actio auctoritatis. „Unter auctoritas haben wir eine ganz konkrete Handlung des Verkäufers zu verstehen. Auctor (von augere) ist der, welcher zu einem Geschäfte oder Zustande hinzutritt und durch dieses sein Hinzutreten die Wirksamkeit des Geschäftes oder Zustandes erhöht und ergänzt, also der Beistand, und auctoritas bedeutet ursprünglich diese Handlung des Hinzutretens und Beistandleistens."[1] Rabel meint, daß die mancipatio nur eine Existenzbedingung des Anspruches, und daß der Rechtsgrund der Haftung das Delikt war. Das die Sühne nach sich ziehende Moment sieht er nicht in der betrügerischen Annahme des Geldes gegen die minderwertige Leistung oder in der Schadenabsicht, die in der Hingabe der fremden Sachen als eigenen liegt, sondern er erblickt das Verpflichtende eher in der Hingabe der Sache als in der Empfangnahme des Geldes. Das Delikt bestand nicht im Verkaufe und nicht in der Schadenszufügung durch den Verkauf, sondern in der Nichtleistung des Schutzes (vgl. Rabel S. 6 ff.). Bestritten ist, ob die Haftung des Verkäufers unmittelbar aus der mancipatio hervorging, oder erst durch eine besondere mündliche Abrede, die nuncupatio, begründet wurde. Müller sieht die Haftung als Folge der mancipatio, als solcher, an. Er sagt: „Jene persönliche Haftung des

[1] vgl. Bechmann Bd. I S. 110.

Verkäufers war aber nicht, wie man annehmen könnte, erst das Ergebnis einer besonderen nuncupatio, sondern die von selbst eintretende Folge der durch die Manzipationssolemnität beabsichtigten Rechtswirkung beim Kauf".[1] Auch Bechmann ist der Ansicht, daß die auctoritas nicht etwas äußerlich zur Manzipation Hinzutretendes sei, „wo Manzipation ist, da ist Haftung".[2]

Rabel (S. 2) spricht sich auch dafür aus, daß die Haftung ohne Zusage eingetreten sei, indem er geltend macht, daß die Rechtsvergleichung den ursprünglichen Deliktscharakter zur höchsten Wahrscheinlichkeit gebracht habe. Ich möchte mich dieser Auffassung nicht anschließen.

---

[1] Müller S. 15; so auch Huschke S. 37ff. Nach ihrer Meinung ist in dem Manzipationsgeschäft ein nexum enthalten gewesen. Trat eine Eviktion ein, so wurde der Verkäufer bezüglich des empfangenen Kaufpreises als Darlehnsschuldner fingiert. Hiergegen Girard S. 29ff.

[2] Bechmann Bd. 1 S. 111; so auch Girard Bd. 1 S. 603f. der die Haftung aus der mancipatio als solcher schließt; S. 15: Aucun argument serieux ne peut donc être invoqué pour soutenir que l'obligation du mancipant dépend d'un engagement spécial, d'une mancipation (vgl. Girard S. 12ff.); Girard stützt sich für seine Ansicht auf einige Plautusstellen, in denen geschrieben stehe, daß die Parteien es vermeiden, eine mancipatio zu schließen, um nicht für Gewährleistung zu haften, sowie darauf, daß die mancipatio nummno uno nur verwendet worden sei, wenn die Parteien ohne Gewährleistung veräußern wollten; in Konsequenz dieser seiner Meinung sagt er dann weiter, daß eine ipso iure auf das duplum entstehende Klage nur eine Strafklage sein könne (vgl. Girard Bd. 1 S. 604 Anm. 2).

Die Haftung folgte nicht aus der Manzipation als solcher, sondern erst aus einer besonderen nuncupatio. So lesen wir öfters in den Quellen: auctoritatem, promittere, contrahere, mithin kann doch die actio auctoritatis nur aus einem Versprechen hergeleitet werden. Schließlich sagt auch Cicero de officiis III 16, 65: ex duodecim tabulis satis erat ea praestari, quae essent lingua nuncupata . . . Durch die mancipatio soll einzig und allein der Kaufgegenstand aus der Hand des Verkäufers in die des Käufers kommen, eine Haftung für evictio kann man aus ihr nicht herleiten, denn kein Akt des älteren Rechts konnte zugleich dingliche und obligatorische Wirkungen hervorbringen (Ihering Bd. 3 § 53 S. 140). Man kann also wohl mit Recht sagen, daß zur Begründung der Haftung ein besonderes Versprechen notwendig war.[1]

Die actio auctoritatis ging in der Regel auf das Doppelte des gezahlten Kaufpreises. Paulus S. R. II 17, 3 sagt: Res empta mancipatione et traditione perfecta, si evincatur, auctoritatis, venditor duplotenus obligatur. Ob die Klage von vornherein auf das Doppelte ging, ist bestritten. Huschke[2] behauptet in Konsequenz seiner vorhin angeführten Ansicht und mit Rücksicht auf l. 60 pr. D. 21, 2, daß die actio auctoritatis an sich auf das simplum gehe und nur im Leugnungsfalle auf das duplum;

---

[1] So auch Eck S. 3 ff.; Karlowa S. 373 ff.

[2] Huschke S. 188; vgl. Müller S. 23.

allein die actio auctoritatis kann nicht zu den Klagen gehört haben, bei denen lis infitiando crescit in duplum, sonst hätte sie Paulus,[1] der die Litiskreszenzfälle aufzählt, miterwähnt.

Ihering[2] geht von der Ansicht aus, daß die actio auctoritatis als Diebstahlsklage aufzufassen sei und aus diesem Grunde auf das duplum gehe. Er sagt: „Richtiger dürfte die Strafe des Doppelten an die Idee des furtum nec manifestum geknüpft werden; der Verkäufer hat den Versuch gemacht, den Käufer um den Kaufpreis zu betrügen". Diese Auffassung halte ich nicht für zutreffend, denn einmal müßte man dann einen dolus des Verkäufers voraussetzen, während die actio auctoritatis keine subjektiven Voraussetzungen in der Person des Verkäufers erfordert, und dann ist auch nichts darüber bekannt, daß die actio auctoritatis infamierende Wirkung gehabt hat, wie dies doch bei der Diebstahlsklage der Fall war.

Rabel ist der Ansicht, daß der Maßstab des duplum in seiner Einfachheit und der Leichtigkeit seiner Handhabung begründet sei. Der Kauf wurde ex nunc auf-

---

[1] Paulus, Sententiae I, 19 § 1; vgl. Girard S. 28: En outre il y a un texte, qui condamne le système de M. Huschke, c'est le passage de Paul, où il énumère les cas, dans lesquels lis infitiando crescit in duplum et ne cite pas celui de l'actio auctoritatis: de la parte du seul auteur juridique, qui nous parle directement de cette action ce serait bien incompréhensible.

[2] Ihering Bd. 1 S. 157.

gehoben, und dem Käufer außer dem an den Verkäufer gezahlten Kaufgeldes wegen des an ihm begangenen Deliktes als Genugtuung und zur Abschreckung und später gleichzeitig auch zur Entschädigung dieselbe Summe zugebilligt, die der Verkäufer an ihm gewinnen wollte (vgl. S. 133). Bechmann[1] meint, „daß in dem duplum derselbe gesetzlich fixierte Bauschanschlag des Interesses zu erblicken sei, der uns im alten Recht und namentlich in den 12 Tafeln wiederholt und immer in dem nämlichen quantitativen Umfange begegne“. Führte man die Haftung des Verkäufers für Eviktion auf die ipso iure eintretende Folge der mancipatio und nicht auf eine der mancipatio beigefügte Abrede, eine nuncupatio, zurück, so müßte der in der condemnatio zum Ausdruck gebrachte Betrag für feststehend erklärt werden. Leitet man die Haftung des Verkäufers dagegen nicht von der mancipatio als solcher, sondern von der nuncupatio her, so ergibt sich folgerichtig, daß die Höhe der für den Fall der Eviktion zu zahlenden Summe in dieser nuncupatio festgesetzt wurde, also in dem Willen der Parteien lag, mit der Beschränkung, daß die condemnatio auf nicht mehr als das duplum gehen durfte, wie ja auch Paulus sagt „duplotenus obligatur“. In der Regel mag die condemnatio auf das Doppelte gegangen sein, denn gerade im ältesten römischen Recht finden wir das duplum häufig als Maßstab angegeben.

---

[1] vgl. Bechmann S. 122.

§ 8.

Bei der mancipatio nummo uno müßte die actio auctoritatis ihre Bedeutung verlieren, da der Betrag, den der Verkäufer hiernach event. an den Käufer zahlen mußte, zu einem verschwindend geringen wurde, der keineswegs im Verhältnis zu dem Werte des Kaufobjektes stand. Ein weiterer Übelstand war der, daß die mancipatio nur möglich war, wenn eine res mancipi verkauft wurde und die Kontrahenten römische Bürger waren; daher konnte die actio auctoritatis keine Anwendung finden, wenn eine res nec mancipi verkauft wurde, oder wenn eine res mancipi nur tradiert wurde, oder einer der Kontrahenten Peregrine war. In allen diesen Fällen blieb das quiritische Eigentum bei dem Verkäufer zurück; die Haftung des Verkäufers wegen Entwehrung fiel fort. Um den Käufer auch in solchen Fällen zu schützen, griff man zu einem Hilfsmittel, und dies war eine stipulatio.[1] Der Inhalt einer solchen stipulatio bestand darin, daß der Verkäufer versprach, dem Käufer ungestörten dauernden Besitz zu garantieren. Daß von seiner Seite aus keine Störung erfolgen werde, konnte der Verkäufer sehr wohl versprechen; die Zusicherung aber, daß auch Dritte keine Rechte geltend machen würden, war wegen des Grundsatzes: nemo alienum factum promittendo obligatur, ohne bindende Kraft. In der Praxis erwies sich diese

---

[1] vgl. hierüber Girard S. 61 ff.

strenge Auffassung aber als unhaltbar, und es wurde die stipulatio habere licere „nicht als simplex abnutivum, sondern als Versprechen: curaturum se, ut dolus malus absit, und, wie hier zu ergänzen ist, ut habere liceat"[1] angesehen. So sagt Paulus in l. 83 pr. D. 45, 1: et qui spondet „dolum malum abesse, afuturumque esse" non simplex abnutivum spondet, sed curaturum se, ut dolus malus absit: idemque si illis stipulationibus „habere licere" item „neque per te, neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat". Auf diese Weise wurde auf ein factum alienum nicht Bezug genommen; der Verkäufer versprach nur, dafür zu sorgen, ne adversus id aliquid fiat. Man ist berechtigt, die stipulatio „habere licere" in diesem Sinne aufzufassen, wenn man an die Auslegungsregel denkt, welche Ulpian in l. 80 D. 45, 1 anführt: Ulpianus libro septuagesimo quarto ad edictum. Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit. Und zweideutig ist die stipulatio in vorliegendem Falle, da sie die Frage, von wem die Eviktion erfolgen müsse, offen läßt. Jeder Zweifel wird aber beseitigt, wenn der Verkäufer in der stipulatio eine poena für den Fall versprach: si quis evicerit, quominus emptorem habere liceat. So lesen wir in l. 38 § 2 D. 45, 1: Ulpianus libro quadragesimo nono ad Sabinum. At si quis velit factum alienum promittere, poenam, vel quanti ea

[1] vgl. Müller S. 44 ff.

res sit, potest promittere. Rabel meint, daß von einer Defensionspflicht in den stipulationen (stipulatio habere licere und stipulatio duplae) nicht mehr die Rede gewesen sei, daß aber die Haftung aus der Garantiestipulation sich innig an das Defensionssystem der mancipatio angeschlossen habe; bei der auctoritas habe dem Verkäufer eine Pflicht der Verteidigung zum Zwecke der Erhaltung des Habens obgelegen; bei der stipulatio sei er zu der Erhaltung des Habens verpflichtet gewesen, was durch das Versprechen: habere licere spondere zum Ausdruck gekommen sei. Wenn nun Ulpian die stipulatio habere licere ohne einen auf Strafe oder Interesse gerichteten Zusatz nur insofern für wirksam erkläre, als dadurch der Käufer gegen facta des Verkäufers, seiner Erben oder sonstiger Sukzessoren geschützt werde, für unwirksam aber, insofern dadurch versprochen wurde: per alium non fieri, quominus habere liceat, weil man fremde Handlungen oder Unterlassungen nicht versprechen könne, so sei diesen Ausführungen nicht beizupflichten, denn durch das Versprechen: habere licere spondere habe der Verkäufer nicht sowohl das Unterbleiben fremder Angriffe, sondern ihre Beseitigung zugesichert (vgl. Rabel S. 28 ff.). Girard S. 605 ist der Ansicht, daß die stipulatio habere licere, durch die ein Anspruch auf einen dem Schaden entsprechenden Ersatz gewährt worden sei, bei weniger wertvollen Sachen angewandt worden sei, und daß die stipulatio duplae gewählt worden sei, wenn keine mancipatio stattfand, oder eine mancipatio von res mancipi

stattfand, deren Gültigkeit zweifelhaft war, z. B. falls eine res mancipi von Fremden veräußert war, schließlich bei gewissen Sachen, die zwar nicht res mancipi, aber ebenso kostbar wie diese waren.

Die Klage, welche aus der Eviktionsstipulation gegeben wurde, war die actio ex stipulatu. Nach dem Vorbilde der actio auctoritatis ging auch die actio ex stipulatu meist auf das Doppelte, doch war durchaus nicht immer das duplum Gegenstand des Versprechens; aus l. 56 pr. D. 21, 2 und aus l. 102 D. 45, 1 ersehen wir, daß in der stipulatio auch das Einfache, Drei- und Vierfache versprochen wurde, ja, daß diese auch auf quanti interest gehen konnte. Die actio ex stipulatu war ebenso wie die actio auctoritatis aber erst dann möglich, wenn der Kaufgegenstand dem Käufer im Wege eines Prozesses evinziert war. Beide Klagen, die actio auctoritatis und die actio ex stipulatu, haben ferner das gemeinsam, daß sie die Folgen eines besonderen Abkommens sind, in dem der Verkäufer verspricht, für Eviktion haften zu wollen, nämlich bei der actio auctoritatis der nuncupatio, bei der actio ex stipulatu, der stipulatio. Beide Klagen unterscheiden sich aber wesentlich voneinander. Die Manzipationshaftung bestand darin, daß der Verkäufer erfolgreichen Prozeßbeistand leisten mußte; tat er dies nicht, so mußte er dem Käufer das duplum zahlen; es genügte also ein dem Käufer ungünstiges Urteil zur Verwirkung des duplum. Bei der stipulatio duplae dagegen verspricht der Verkäufer keinen prozessualen Beistand,

sondern lediglich eine Konventionalstrafe für den Fall, daß dem Käufer der Kaufgegenstand evinziert werden sollte. Erst wenn dem Käufer der Besitz der Sache auf Grund eines Urteils entzogen ist, ist der in der stipulatio festgelegte Betrag verwirkt. Während der Verkäufer bei der actio auctoritatis die Pflicht hatte, an dem Prozeß teilzunehmen, hat er bei der actio ex stipulatu ein Recht darauf, daß er zu dem Rechtsstreite zugezogen werde.

Der Käufer hatte beim Vorliegen einer stipulatio, falls der Verkäufer, welcher später Eigentümer geworden war, ihn mit der vindicatio belangte, übrigens die Wahl, es entweder zu einer eviction kommen zu lassen und den Verkäufer dann mit der actio ex stipulatu zu belangen oder durch die exceptio rei traditae et venditae einer eviction vorzubeugen (vgl. Girard Bd. 1 S. 611). Später wurde die stipulatio auch bei Manzipationskäufen üblich. Den Grund hierfür kann man wohl darin suchen, daß dadurch dem Käufer selbst dann, wenn die mancipatio ungültig war, ein Regreßanspruch gesichert war. Die stipulatio muß allmählich zu einem naturale des Kaufkontraktes geworden sein; denn der Käufer konnte beim Kaufe wertvollerer Sachen, welche daher duplariae venditiones im Gegensatz zu den simplariae hießen,[1] mit der actio empti geradezu auf Vornahme einer solchen stipulatio klagen. Verweigerte der Verkäufer die Vornahme derselben, so wurde er trotzdem auf das Doppelte verurteilt. Dies lesen wir in l. 2 D. 21, 2: Paulus libro

[1] vgl. Puchta S. 224.

quinto aut Sabinum. Si dupla non promitteretur et eo nomine agetur dupli condemnandus est reus.

§ 9.

Unter dem Einflusse der bona fides wurde dann im justinianischen Recht die actio ex stipulatu durch die actio empti verdrängt. Die Eviktionshaftung hatte bisher auf einer besonderen Vereinbarung beruht, an deren Wortlaut die Parteien streng gebunden waren. Der Käufer war so zwar geschützt, wenn ihm der Kaufgegenstand entzogen wurde, aber z. B. dann nicht, wenn ihm die Früchte desselben entzogen wurden, denn davon stand in der stipulatio nichts.[1] Hierin lag offenbar eine Unbilligkeit, das konnte sich das römische Recht nicht verhehlen, und man ging daher einen Schritt weiter, indem die Haftungspflicht zum rechtlich immanenten Bestandteile des Kaufkontraktes, der im Laufe der Zeit ein formloser Konsensualvertrag, eine bona fidei negotium, geworden war, machte. Die Haftung lag nun in dem Wesen des Vertrages, und der Käufer konnte ohne ausdrückliches vorheriges Versprechen mit der Kontraktsklage, der actio empti, auf das Interesse klagen, wenn ihm der Kaufgegenstand infolge nicht verschafften Eigentums entzogen wurde. Dies war ein der aequitas entsprechender Standpunkt, auf welchen das römische Recht in allmählicher Entwicklung durch das Stadium der actio auctoritatis

---

[1] vgl. Müller S. 270

und der stipulatio gelangt war. Wenn die Römer so den Eviktionsanspruch auch später zu einem Bestandteile der dem Käufer aus dem Kaufvertrage entspringenden Rechte machten, so sind sie sich doch stets bewußt geblieben, daß die Haftpflicht wegen Eviktion selbständig neben der Verpflichtung des Verkäufers zur Leistung des veräußerten Gegenstandes bestand. Mit der Eviktion entstanden selbständige neue Ansprüche gegen den Verkäufer, die allerdings mit der Kontraktsklage, der actio empti, verfolgt wurden.

Das Ziel des Eviktionsanspruches ist die Leistung des Interesses. Durch Wiederverschaffung der Sache kommt der Verkäufer seiner Verpflichtung nicht nach, wenn das Interesse des Käufers ein weitergehendes ist, wie dies aus l. 67 D. 21, 2 hervorgeht: Papinianus libro decimo responsorum. Emptor post evictionem servi, quem dominus abduxit, eundem servum post tempus offerendo, quo minus praestet, quod emptoris interest, non recte definititur. Der Interesseforderung war dadurch eine Schranke gezogen, daß nie mehr als der doppelte Wert des Kaufgegenstandes gefordert werden konnte, wie wir dies in l. 43, 45 D. 19, 1 lesen. Der Kaufpreis spielte bei Berechnung des Interesses keine Rolle. Aus l. 70 D. 21, 2 geht sogar hervor, daß das Interesse geringer sein konnte als dieser. Vergrößerungen oder Verminderungen des Kaufobjektes mußten bei der Abschätzung des Interesses in Betracht gezogen werden; so mußte sich der Käufer z. B. Vorteile anrechnen lassen, die er von der

Sache gehabt hatte, konnte aber andererseits die Kosten des Eviktionsprozesses ersetzt verlangen, es sei denn, daß er den Prozeß wider den Willen des Verkäufers geführt hatte. Ebenso konnte er Verwendungen, die er auf die Sache gemacht hatte, ersetzt verlangen, soweit er dieselben nicht vom Evinzierenden ersetzt erhielt. Wurde nur ein Teil evinziert, so muß man zwischen der Entziehung eines reellen und eines ideellen Teiles unterscheiden. Im ersteren Falle wurde die Summe nach dem besonderen Werte dieses Teiles bestimmt, die Qualität des entzogenen Teiles wurde also berücksichtigt, während bei der Eviktion eines ideellen Teiles die Quantität für die Fixierung der Ersatzsumme in erster Linie maßgebend war. Bestritten ist, welcher Zeitpunkt für die Berechnung des Interesses maßgebend war. Dernburg[1] behauptet, daß der Zeitpunkt, in dem das Urteil über die Regreßklage ergeht, der ausschlaggebende sei; allein dies entspricht nicht einer in l. 45 pr. D. 19, 1 enthaltenen Quellenstelle, aus der mit Deutlichkeit hervorgeht, daß der Zeitpunkt der Eviktion als der in Betracht kommende anzusehen ist. Paulus libro quarto quaestionum. Idque et Julianum agitasse Africanus refert: quod iustum est: sicut minuitur praestatio, si servus deterior apud emptorem effectus sit, cum evincitur. Gegen die Ansicht Dernburgs spricht es auch, daß der Käufer, in dessen Belieben die Erhebung der Regreßklage stand, damit event. warten konnte, bis

---

[1] vgl. Dernburg S. 274.

der Kaufgegenstand einen höheren Wert hatte, also auf Kosten des Käufers hätte spekulieren können. Die herrschende Meinung hat denn auch den Zeitpunkt der Eviktion für den maßgebenden erklärt.[1]

Die actio empti und die actio ex stipulatu stimmen zwar darin überein, daß sie beide einen Schaden voraussetzen, der durch den Mangel im Rechte des Verkäufers entstanden ist, unterscheiden sich doch aber wesentlich voneinander. „Die sämtlichen Unterschiede lassen sich darauf zurückführen, daß bei der actio ex stipulatu lediglich die Formel der stipulatio pro evictione interposita in strenger Auslegung maßgebend war, während die actio empti überhaupt ein non habere licere emptori und einen daraus diesem erwachsenen Schaden voraussetzt".[2] Die actio ex stipulatu setzt als wesentlich einen Prozeß zwischen dem Käufer und dem Dritten voraus und eine darin stattgefundene Eviktion, während die actio empti nur ein Nichthaben ex causa emptionis voraussetzte; es brauchte also nur ein besseres Recht vorhanden und geltend gemacht sein. Die actio ex stipulatu war dadurch bedingt, daß die Eviktion in der Person des Käufers eingetreten war. Hat z. B. der Käufer A den Prozeß als procurator in rem suam geführt, also z. B. für einen Dritten B, an den er die Sache weiterverkauft hatte, so konnte der ursprüngliche Verkäufer C bei einem ungünstigen Aus-

---

[1] vgl. Bekker S. 300; Glück S. 350; Unterholzner S. 300; Puchta S. 223.

[2] vgl. Fuchs S. 15 ff.

gange des Prozesses von A nicht mit der actio ex stipulatu auf Regreß belangt werden; wohl aber war in einem solchen Falle die actio empti am Platz, wie wir dies in l. 66 § 2 D. 21, 2 lesen: Papinianus libro vicesimo octavo quaestionum. Si secundus emptor venditorem eundemque emptorem ad litem hominis dederit procuratorem et non restituto eo damnatio fuerit secuta, quodcunque ex causa iudicati praestiterit procurator ut in rem suam datus, ex stipulatione consequi non poterit: sed quia damnum evictionis ad personam pertinuit emptoris, qui mandati iudicio nihil percepturus est, non inutiliter ad percipiendam litis aestimationem agetur ex vendito. Infolge der strikten Natur der stipulatio konnte, falls in der Stipulationsformel nur die Eviktion des Kaufobjektes vorgesehen war, bei einer teilweisen Eviktion mit der actio ex stipulatu nicht vorgegangen werden; ferner richtete sich der Entschädigungsanspruch streng nach dem Betrage, der in der stipulatio fixiert war, so daß nachträgliche Vergrößerungen resp. Verminderungen des Kaufobjektes unberücksichtigt blieben. Für die actio empti dagegen war die Frage maßgebend, inwieweit dem Käufer durch die Eviktion Schaden zugefügt ist, sie begriff daher ohne weiteres die Eviktion von Teilen mit ein. Der Entschädigungsanspruch ging bei der actio empti immer auf id, quod interest rem non esse evictam, war also nicht wie bei der actio ex stipulatu von vornherein fest bestimmt. Der entwehrte Käufer hat daher nicht den ganzen Kaufpreis zu beanspruchen, falls der Kaufgegen-

stand zur Zeit des Vertragsschlusses einen höheren Wert hatte als zur Zeit der Eviktion (Girard Bd. 1 S. 607).

Es kam auch im späteren römischen Recht noch häufig vor, daß beim Kaufabschluß eine stipulatu duplae eingegangen wurde, so daß dann im Falle einer Eviktion die actio ex stipulatu und die actio empti elektiv konkurrierten. In einem solchen Falle wird der Käufer, falls sein Interesse den in der stipulatio festgelegten Betrag überstieg, mit der actio empti vorgegangen sein, mit der er ja sein volles Interesse einklagen konnte.[1]

Neben der Klage wegen Eviktion stand dem Käufer ein Retentionsrecht betreffs der eigenen Leistung zu, und zwar war die Einrede, welche diese Retention schützte, die exceptio non adimpleti contractus; diese Einrede war von der notwendigen Bedingung der Eviktionsklage, der stattgefundenen tatsächlichen Entziehung, losgelöst, indem sie dem Käufer bereits quaestione mota zustand; ob dem Käufer das Retentionsrecht auch schon vor dem Beginn des Eviktionsprozesses zustand, ist nach den Quellen zu verneinen.[2]

---

[1] v. Salpius S. 221 behauptet, daß der Käufer anfangs, solange die Stipulationsklage zulässig war, mit der Kontraktsklage nicht vorgehen konnte. „Wo ein Rechtsgeschäft in die Stipulation gekleidet war, da gab es, soweit die actio ex stipulatu reichte, keine zweite Kontraktsklage".

[2] vgl. Bekker S. 329.

§ 10.

Nachdem wir so gesehen haben, wie sich die Haftung des Verkäufers für nicht verschafftes Eigentum und daraus folgender Eviktion in den einzelnen Entwicklungsstufen des römischen Rechtes gestaltet hat, und welche Rechtsbehelfe dem Käufer dann zur Verfügung standen, wollen wir uns nun dem Reichsrecht zuwenden. Dem Käufer stehen hier mannigfachere Wege offen, sich schadlos zu halten, als im römischen Recht; er kann nämlich:

1. Erfüllung verlangen;
2. die Zahlung des Kaufpreises verweigern;
3. wegen des Rechtsmangels Minderung des Kaufpreises verlangen;
4. Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern;
5. vom Vertrage zurücktreten.

§ 440 BGB. regelt diese Rechtsfolgen, welche eintreten, falls der Verkäufer seiner Eigentumsverschaffungspflicht nicht nachgekommen ist. In Abs. 1 dieses Paragraphen werden die allgemeinen Anhaltspunkte dafür gegeben, welche Rechte dem Käufer bei Unkenntnis des Rechtsmangels zur Zeit des Vertragsschlusses zustehen. Im übrigen wird hinsichtlich der Rechte, welche der Käufer in einem solchen Falle geltend machen kann, auf die Grundbestimmungen, welche in den §§ 320—327 für alle gegenseitigen Verträge, zu denen ja auch der Kauf gehört, enthalten sind, verwiesen. In Abs. 2—4 des § 440 sind dann noch Spezialbestimmungen getroffen.

Zunächst muß man sich darüber klar werden, ob der Verkäufer, welcher dem Käufer den Kaufgegenstand, ohne ihm Eigentum daran zu verschaffen, übergeben hat, den Vertrag total nicht erfüllt hat, oder ihn wenigstens teilweise erfüllt hat; denn je nachdem völlige oder teilweise Nichterfüllung auf seiten des Verkäufers vorliegt, bestimmen sich die Rechte des Käufers verschieden. Der Verkäufer ist verpflichtet einmal zur realen Übergabe und dann zur Verschaffung des Eigentums. Titze und Cosack[1] entscheiden sich dafür, daß der Verkäufer, welcher dem Käufer kein Eigentum verschafft, den Vertrag total nicht erfüllt, während die herrschende Meinung, der auch ich mich anschließe, nur teilweise Nichterfüllung annimmt.[2] Titze stützt sich zur Begründung seiner Ansicht darauf, daß jede der beiden Verpflichtungen des Verkäufers, sowohl die zur realen Übergabe als auch die zur Eigentumsverschaffung wesentlicher Natur seien. Hierzu bemerkt Thieme[3] sehr richtig, daß es für die Frage, ob die Leistung des Verkäufers, welcher kein Eigentum verschafft hat, als teilweise oder als völlige Nichterfüllung zu betrachten sei, auf die Wesentlichkeit gar nicht ankommt, sondern von Bedeutung sei nur, ob der Verkäufer das, was seiner Leistung zur vollständigen Erfüllung fehlte, noch nach-

[1] vgl. Cosack Bd. 1 S. 425.

[2] vgl. Planck zu § 440 Ziff. 4; Windscheid-Kipp S. 635; Staudinger Bd. 2 S. 437.

[3] Thieme S. 37.

holen könne, und ob die durch diese Nachleistung erbrachte Vollleistung gleichwertig sei mit einer von Anfang an vollständig bewirkten Leistung.

Ad 1. Der Käufer kann Erfüllung verlangen. Überträgt der Verkäufer kein Eigentum auf den Käufer, so kann dieser vor allem auf Erfüllung, also auf Verschaffung des Eigentums, klagen. Leugnet der Verkäufer den Mangel im Recht, so muß der Käufer gemäß § 442 BGB. denselben beweisen. Allein mit der Klage auf Erfüllung wird der Käufer keinen großen Erfolg erzielen, denn wenn auch der Verkäufer zur Verschaffung des Eigentums verurteilt ist, so kann doch aus dem Urteil keine Zwangsvollstreckung stattfinden, da dasselbe eine Handlung zum Gegenstande hat, welche nicht ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängig ist (§ 888 ZPO.).[1] Es ist daher für den Käufer ratsam, nach § 283 BGB. vorzugehen. Er wird nämlich, nachdem das Urteil, welches dem Verkäufer die Verschaffung des Eigentums auferlegt, rechtskräftig geworden ist, dem Verkäufer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne. Damit der Verkäufer später nicht den Einwand machen kann, die Frist sei zu kurz bemessen gewesen, kann der Käufer verlangen, daß die Frist im Urteil festgesetzt werde. Dies Recht steht ihm nach § 255 ZPO. zu. Da der Verkäufer, falls er überhaupt dazu imstande ist, den Rechtsmangel in der Regel in kurzer Zeit beseitigen kann, wird die

[1] vgl. Schollmeyer S. 21 ff.

Frist keine lange zu sein brauchen. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen, und der Käufer kann nunmehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Der Käufer muß also zwei Prozesse führen; einmal muß er auf Erfüllung klagen und dann auf Schadensersatz, wegen Nichterfüllung. Es fragt sich nun, ob man nicht beide Klagen, die auf Erfüllung und die auf Schadensersatz, miteinander verbinden kann. Schollmeyer (S. 22) bejaht diese Frage, doch möchte ich mich dieser Ansicht nicht anschließen. Schollmeyer behauptet, der Anspruch auf Schadensersatz sei ein suspensiv bedingter, von dem Eintritt zweier Tatsachen, dem Setzen der Frist und ihrem fruchtlosen Ablauf abhängig, während der Anspruch auf Eigentumsverschaffung ein resolutiv bedingter sei. Darüber, daß resolutiv bedingte Ansprüche sofort einklagbar seien, bestehe kein Zweifel, aber auch die Einklagung suspensiv bedingter Ansprüche werde von der richtigen Meinung anerkannt und die Verurteilung habe zu erfolgen, wenn nur die Bedingung zur Zeit der Urteilsfällung eingetreten sei. Schollmeyer übersieht wohl hierbei, daß bezüglich des Anspruches auf Schadensersatz gar keine Bedingung vorliegt, sondern vielmehr eine condicio iuris; eine Bedingung im technischen Sinne ist doch von einem zukünftigen ungewissen Ereignisse abhängig, während hier der Eintritt des Schadensersatzanspruches von zwei durch die Parteien zu vermittelnden Ereignissen abhängig ist. Eine solche Klagenverbindung wird vielmehr nur in einem

Falle statthaft sein, nämlich beim Vorliegen des § 259 ZPO., wenn nämlich die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Verkäufer sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Es wird dem nach § 283 BGB. vorgehenden Käufer also regelmäßig der umständliche Weg, zwei Prozesse führen zu müssen, nicht erspart bleiben, es sei denn, daß der Verkäufer vor Ablauf der Frist freiwillig zahlt.

§ 11.

Ad 2. Der Käufer kann die Zahlung des Kaufpreises verweigern. Wenn der Verkäufer dem Käufer kein Eigentum an der verkauften Sache verschafft hat, so kann dieser der auf Zahlung des Kaufpreises gerichteten Klage des Verkäufers die exceptio non adimpleti contractus nach Maßgabe der §§ 320—322 entgegenstellen, indem er seine Leistung, die Zahlung des Kaufpreises, so lange verweigert, bis der Verkäufer seine Verpflichtung erfüllt hat. Die Einrede des nichterfüllten Vertrages steht dem Käufer sowohl vor, als nach Abschluß des dinglichen Vertrages zu. Daß dieses Recht dem Käufer vor Abschluß des dinglichen Vertrages zusteht, folgt aus den allgemeinen Grundsätzen über die exceptio non adimpleti contractus. Daß dieses Recht dem Käufer aber auch für den Fall zusteht, daß der dingliche Vertrag bereits vollzogen ist, erklärt sich daraus, daß die Gewährleistungspflicht als ein Teil der Erfüllung angesehen wird, so daß der Verkäufer, welcher die bewegliche Sache dem Käufer zum Zwecke

der Eigentumsübertragung übergeben hat, damit seiner Leistungspflicht noch nicht vollständig nachgekommen ist.[1] Macht der Beklagte die Einrede des nichterfüllten Vertrages geltend, so muß der Kläger, falls er die unbedingte Verurteilung herbeiführen will, beweisen, daß er erfüllt habe. Kann der Kläger diesen Beweis nicht erbringen, so erfolgt die Verurteilung des Beklagten zur Erfüllung Zug um Zug und nicht die Abweisung der Klage. Diese Wirkung erleidet aber durch § 442 eine erhebliche Änderung. „Nach § 322 Abs. 1 würde, wenn der Käufer wegen Nichterfüllung der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtung zur Rechtsverschaffung die Einrede geltend macht, nicht er die Nichterfüllung, sondern der Verkäufer die Erfüllung dieser Verpflichtung zu beweisen haben, und mangels dieses Beweises würde der Käufer nicht unbedingt zur Erfüllung, sondern nur zur Erfüllung Zug um Zug verurteilt werden. Dagegen hat nach § 442 der Käufer zur Begründung der Einrede den von ihm geltend gemachten Rechtsmangel, sofern der Verkäufer diesen bestreitet, zu beweisen, und wenn der Käufer diesen Beweis nicht führen kann, so bleibt die Einrede unberücksichtigt und der Käufer wird unbedingt verurteilt".[2] Der Käufer wäre also ohne die besondere Bestimmung des § 442 besser gestellt, da nach den für alle gegenseitigen Verträge geltenden Bestimmungen nicht er die Nichterfüllung, sondern der Verkäufer die Erfüllung zu beweisen hätte. Der Grund für

[1] vgl. Mot. S. 216 ff.

[2] vgl. Planck S. 341.

die Ausnahmebestimmung der Beweispflicht und die daran geknüpfte Folge der Verurteilung bei Rechtsmängeln ist hier darin zu suchen, daß dadurch einem Mißbrauch des Rechtes, die Gegenleistung zu verweigern, gesteuert werden soll. So lesen wir in den Mot. (Bd. 1 S. 213): „In der Belastung des Erwerbers mit dem Beweise des Rechtes des Dritten liegt vielmehr das wünschenswerte Korrektiv gegen den etwaigen Mißbrauch des Rechtes, die Gegenleistung zu verweigern.

Die Zwangsvollstreckung aus solch einem Urteil, durch das der Käufer zur Zahlung Zug um Zug verurteilt wird, findet statt in Gemäßheit der §§ 726 Abs. 2, 756, 765 ZPO. Wenn mehrere die Leistung des Käufers, also die Zahlung des Kaufpreises, zu fordern haben, z. B. die Erben des Verkäufers, so kann gemäß § 320 Abs. 1 dem einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden. Die Leistung des Käufers hat also, trotzdem sie an sich teilbar ist, nun einheitlich zu erfolgen, so daß der einzelne den ihm zustehenden Teil nur gegen vollständige Verschaffung der Gegenleistung, nicht gegen anteilsweise fordern darf, natürlich vorausgesetzt, daß der Käufer nicht zur Vorleistung verpflichtet ist. Aus § 320 Abs. 1 Satz 3 folgt, daß der Verkäufer die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung nicht abwenden kann.

§ 12.

Ad 3. Falls dem Käufer nicht unbeschränktes Eigentum übertragen ist, kann er nach § 323 Abs. 1 Minderung des Kaufpreises verlangen, und zwar für den Fall, daß die fehlende Teilleistung infolge eines nachträglich eingetretenen Umstandes unmöglich ist, den weder der Verkäufer noch der Käufer zu vertreten hat, z. B. die Sache ist enteignet worden. Der Kaufpreis wird nach Maßgabe der für die Minderung des Kaufpreises wegen Sachmängeln geltenden Vorschriften der §§ 476, 477 herabgesetzt. Hat der Käufer den Kaufpreis noch nicht bezahlt, so kann er denselben entsprechend verkürzen; falls er ihn bereits gezahlt hat, kann er gemäß § 323 Abs. 3 das Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern. Macht der Käufer die Minderung des Kaufpreises geltend, so hat er den Beweis zu erbringen, daß die Leistung teilweise unmöglich ist und inwieweit der Wert der Leistung dadurch gemindert ist.[1] Das Recht des Käufers auf Minderung geht nicht dadurch verloren, daß er die Sache mit Gewinn weiterverkauft. Die vorhin erörterte exceptio non adimpleti contractus hat mit diesem Minderungsanspruch nichts gemein. Erstere gewährt eine dilatorische Einrede, letztere eine peremtorische bezw. einen selbständigen Anspruch.

---

[1] vgl. Planck S. 145.

§ 13.

Ad 4. Der Käufer kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, und zwar gibt ihm das Bürgerliche Gesetzbuch einen solchen Anspruch in drei Fällen. Nämlich einmal, wenn der Käufer, der ein rechtskräftiges Urteil auf Erfüllung erstritten hat, dem Verkäufer zur Bewirkung seiner Leistung eine Frist setzt und diese fruchtlos abgelaufen ist (§ 283); ferner wenn der Verkäufer sich im Verzuge befindet, der Käufer ihm gemäß § 320 eine Frist setzt, und diese ergebnislos abgelaufen ist; schließlich wenn die Erfüllung dem Verkäufer unmöglich ist infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat (§ 325). Der erste Fall ist bereits unter ad 1 besprochen, und sollen hier nur die beiden letzten Fälle ins Auge gefaßt werden.

Zunächst § 325. Es fragt sich, was darunter zu verstehen ist, der Käufer kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen? Die einen behaupten, daß der Schadensersatz an die Stelle der geschuldeten Leistung trete, aber der Kontrahent, dem kein Verschulden zur Last falle, infolge des Verhaltens der schuldigen Partei seine Leistung nicht zu erbringen braucht (sogen. Differenztheorie). Der Schadensersatzanspruch umfasse den Nettogewinn, den der Gläubiger der Leistung durch deren vollständige Abwicklung gehabt hätte.[1]

---

[1] vgl. Oertmann S. 161; so auch Cosack § 99 II a.

Auf diesem Standpunkt steht das Reichsgericht.[1] Nach der anderen Ansicht bleibt der Vertrag bestehen, an die Stelle der unmöglichen Leistung tritt der Schadensersatz (sogen. Austauschtheorie). Die letztere Ansicht halte ich für die richtige.[2] Der Schadensersatz ist das Surrogat der unmöglich gewordenen Leistung; der Bestand des gegenseitigen Vertrages wird durch die Unmöglichkeit keineswegs berührt; die ursprünglich geschuldete Leistung kann nur gegen Bewirkung der Gegenleistung gefordert werden, ebenso kann auch der an die Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung tretende Schadensersatz nur gegen Bewirkung der Gegenleistung gefordert werden. Der Käufer kann, wenn er seinerseits die Leistung erbringt, als Äquivalent den Schadensersatz vom Verkäufer fordern; umgekehrt ist aber der Verkäufer nicht berechtigt, die Gegenleistung gegen Zahlung des Schadensersatzes zu verlangen, denn durch § 325 werden nur dem Gläubiger und nicht dem Schuldner Rechte eingeräumt.[3]

Für die Austauschtheorie spricht auch der Wortlaut des Gesetzes selbst, denn in § 325 Satz 2 heißt es „Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit“ und nicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages. Es wäre auch ungerecht, wollte man den Gegner verpflichten, die von ihm versprochene Gegen-

[1] Bd. 50 S. 262, Bd. 57 S. 106.

[2] vgl. Planck § 325, 1a; Endemann Bd. 1 S. 538; Oertmann § 325, 1a.

[3] vgl. Planck S. 150ff.

leistung, die ihm möglicherweise lästig geworden ist, infolge des schuldnerischen Verhaltens zu behalten und sich mit der vielleicht ganz geringen Differenz zu begnügen. Gegen die Differenztheorie spricht es auch, daß § 325 dem Gläubiger einen Schadensersatzanspruch oder ein Rücktrittsrecht gibt. Denn in Konsequenz der Differenztheorie würde ja dann der Gläubiger durch den Schadensersatzanspruch mindestens das erreichen, was ihm das Rücktrittsrecht gibt. Das Rücktrittsrecht ist doch gleich einem Schadensersatzanspruch, der auf ein Minimum beschränkt ist. Es würde also kein Gläubiger das Rücktrittsrecht wählen, sondern immer den Schadensersatz, da ihm letzterer schlimmstenfalls dasselbe gibt wie das Rücktrittsrecht. Nach dieser Auffassung ständen dann Schadensersatz und Rücktrittsrecht, die das Gesetz dem Gläubiger alternativ gibt, in einem Verhältnis eines Mehr und eines Weniger, und eine solche Bestimmung hat doch das Recht unmöglich geben wollen (vgl. Oertmann S. 164 f.).

Bedingung des Schadensersatzanspruches in § 325 ist nachträgliche Unmöglichkeit, die der Verkäufer zu vertreten hat, und zwar ist der Käufer hierfür beweispflichtig. Ebenso hat der Verkäufer auch den Fall zu vertreten, daß er von vornherein zur Verschaffung des Eigentums unvermögend war; denn eine anfängliche bloß subjektive Unmöglichkeit der Leistung berührt die Gültigkeit des Vertrags nicht. Da der Verkäufer, wie schon gesagt, seine Leistung durch Sachübergabe wenigstens teilweise erbringt, ist die Unmöglichkeit, der Rechtsverschaffung, sofern er den Kauf-

gegenstand dem Käufer übergeben hat, nur teilweise Unmöglichkeit und der Käufer kann infolgessen auch nur einen entsprechenden teilweisen Ersatz fordern. § 325 Abs. 1 Satz 2 gibt dem Käufer jedoch, falls die teilweise Erfüllung des Vertrages kein Interesse für ihn hat, das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages zu verlangen. Der Käufer muß dann aber natürlich auch seinerseits die ganze Gegenleistung erbringen. Das Fehlen seines Interesses muß der Käufer beweisen.[1]) Neben dem Schadensersatzanspruch ist dem Käufer in § 325 auch noch alternativ ein Rücktrittsrecht vom Vertrage gegeben.

Befindet sich der Verkäufer im Verzuge, in den er hier kraft des Sonderrechtes des Kaufes auch ohne Verschulden, d. h. auch bei Nichtwissen des Mangels gerät, so kann ihm der Käufer gemäß § 326 BGB. eine angemessene Frist zur Bewirkung seiner Leistung, also zur Verschaffung des Eigentums, mit der Erklärung bestimmen, daß er nach Ablauf der Frist die Erfüllung ablehne. Ist die Frist ergebnislos abgelaufen, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen, an seine Stelle tritt dann der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Hat infolge des Verzuges der Käufer kein Interesse mehr an der Erfüllung des Vertrages, so bedarf es der Bestimmung einer nachträglichen Erfüllungsfrist nicht. Zu beachten ist, daß dem Käufer beim Vorliegen der Voraus-

---

[1] vgl. Mot. S. 210.

setzungen des § 326 auch ein Rücktrittsrecht zur Seite steht. Das Rücktrittsrecht und der Schadensersatzanspruch stehen dem Käufer auch hier alternativ zur Verfügung. Erbringt der Verkäufer bis zum Ablaufe der Frist die Leistung teilweise nicht, so kommen gemäß § 326 Abs. 1 Satz 3 die Bestimmungen des § 325 Abs. 1 Satz 2 zur Anwendung. Der Käufer kann hiernach, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 verlangen oder vom ganzen Vertrage zurücktreten.

§ 440 Abs. 2 stellt, wenn bewegliche Sachen, verkauft werden, für den Schadensersatzanspruch besondere Regeln auf. Erforderlich ist, daß der Verkäufer die Sache dem Käufer zum Zwecke der Eigentumsübertragung übergeben hat, und zwar muß die Übergabe nach Maßgabe des § 929 Satz 1 oder Satz 2 erfolgt sein; es genügt also brevi manu traditio, während die in den §§ 930, 931 angeführten Übergabesurrogate nicht genügen, also weder constitutum possessorium, noch die Abtretung des Herausgabeanspruches. Die Beschränkung der Eigentumsübertragung in Gemäßheit des § 929 erklärt sich aus dem Wortlaut des § 440 Abs. 2; es heißt hier nämlich: „ist eine bewegliche Sache verkauft und dem Käufer zum Zwecke der Eigentumsübertragung übergeben worden“, von einer Ersatzübergabe ist also nicht die Rede, sondern lediglich von der wirklichen Übergabe, und da die Vorschrift des § 440 Abs. 2 eine Ausnahme-

bestimmung — nämlich bezüglich des in Abs. 1 dieses Paragraphen Gesagten — enthält, kann man auch den Wortlaut dieser Vorschrift nur strikte interpretieren, also auch nur von einer wirklichen Übergabe und nicht von einer Ersatzübergabe sprechen. Hat der Käufer das Eigentum durch constitutum possessorium erworben, so ist er ja nur mittelbarer Besitzer und in den meisten Fällen nicht in der Lage, jederzeit über die Sache verfügen zu können — z. B. der Verkäufer hat das verkaufte Haus für zwei Jahre vom Käufer gemietet, und was dieser nicht hat, kann er auch anderen nicht geben —; erwirbt nun der Käufer bei einer solchen Lage oder auch bei der Abtretung eines etwaigen Herausgabeanspruches nachträglich den unmittelbaren Besitz, so trifft § 440 Abs. 2 nicht zu. Ferner ist noch erforderlich, daß der die Nichterfüllung begründende Rechtsmangel seinen Grund hat in dem zum Besitz berechtigenden Rechte eines Dritten. Liegen diese Voraussetzungen vor, so kann der Käufer einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nur dann geltend machen, wenn er entweder die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat, oder sie dem Verkäufer zurückgewährt, oder die Sache untergegangen ist. Zunächst den Fall, der Käufer gibt die Sache dem Dritten heraus. Es ist nicht notwendig, daß der Käufer von dem Dritten im Wege eines Prozesses zur Herausgabe der Sache genötigt ist, es genügt vielmehr im Gegensatz zum römischen Recht, daß der Käufer in freiwilliger Anerkennung des wirklich bestehenden

Rechtes des Dritten diesem die Sache herausgibt. Der Käufer ist aber dann für den Fall, daß der Verkäufer den Rechtsmangel bestreitet, beweispflichtig (§ 442). Ebenso ist der Käufer beweispflichtig, wenn er mit dem Dritten einen Schiedsvertrag ohne Beteiligung des Verkäufers geschlossen hat und das Urteil zugunsten des Dritten ausgefallen ist.[1] Nur durch Streitverkündung an den Verkäufer in dem Eviktionsprozesse kann der Käufer den ihm lästigen Nachweis des Rechtes des Dritten vermeiden; denn dann muß gemäß der §§ 75, 68 ZPO. der Verkäufer das Urteil gegen sich gelten lassen. Der Käufer wird daher wohl in der Regel warten, bis der Dritte ihn auf Herausgabe der Sache verklagt, und wird dann dem Verkäufer den Streit verkünden. Die Streitverkündung hat im Bürgerlichen Gesetzbuch nur noch Rechtsfolgen bezüglich der Beweislast; Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Schadenserſatzanspruches ist sie, wie ja auch bereits gesagt ist, keineswegs mehr. In der Praxis nähert sich das heutige Recht insofern dem römischen Recht, aber doch nur äußerlich; denn während die Streitverkündung früher Bedingung des Gewährleistungsanspruches war, dient sie heute, wie wir gesehen haben, anderen Zwecken. Die Herausgabe muß ferner durch das Recht des Dritten begründet sein, z. B. der Dritte hat ein Pfandrecht oder Nießbrauchsrecht. Hat der Käufer die Sache dem Dritten herausgegeben, ohne daß der Dritte ein Recht auf Heraus-

---

[1] vgl. Planck S. 343.

gabe hat, z. B. der Dritte hat nur ein Mietrecht, dann hat der Käufer keinen Schadensersatzanspruch.[1] Da es dem Käufer unter Umständen schwierig sein kann, den dritten Berechtigten ausfindig zu machen, um ihm die Sache herauszugeben, ist der Herausgabe der Sache an den Dritten der Fall gleichgestellt, daß der Käufer den Kaufgegenstand dem Verkäufer zurückgewährt. Zu beachten ist, daß dem Käufer hier gegen Rückgewähr der Sache ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit gegeben wird, unabhängig von dem bei teilweiser Nichterfüllung sonst erforderlichen Nachweise des mangelnden Interesses an der teilweisen Erfüllung des Vertrages.[2] Selbstverständlich ist, daß die Rückgewähr unter Festhalten am Vertrage erfolgt, nicht auf Grund erklärten Rücktritts vom Vertrage. Der Käufer braucht, bevor er die Sache dem Verkäufer zurückgewährt, diesem nicht erst die Nichterfüllung zu beweisen, sondern er kann die Eviktionsklage mit dem Angebot der Zurückgewährung verbinden. In § 440 Abs. 2 heißt es nämlich: „wenn er sie dem Verkäufer zurückgewährt"; es ist also hier das Präsens gebraucht, während bei den beiden anderen gleichgestellten Fällen das Perfektum angewendet ist. Hieraus geht in Verbindung mit der Bestimmung der §§ 320, 322 hervor, daß der Käufer die Eviktionsklage gegen den Verkäufer erheben kann unter gleichzeitigem An=

---

[1] vgl. Endemann S. 981.

[2] vgl. Planck S. 343.

gebot der Zurückgewährung, und daß dann eine Verurteilung Zug um Zug erfolgen wird, d. h. der Käufer wird verurteilt, die Sache dem Verkäufer zurückzugewähren, und dieser wird verurteilt, dem Käufer Schadensersatz zu leisten. Nimmt der Verkäufer die Sache nicht an, so kommt er in Verzug, und der Käufer kann die Sache hinterlegen, event. zum Selbsthilfeverkauf greifen. Anderer Ansicht ist Oertmann.[1] Er behauptet, der Verkäufer komme nicht in Verzug, da er nicht eigentlich Gläubiger auf die Rückgabe ist. „Aber vielleicht ist die Annahme nicht zu kühn, daß bereits durch die Erklärung des Käufers, zurückgeben zu wollen, einerseits eine Ersatzpflicht des Verkäufers, andererseits eine Rückgabepflicht des Käufers entstanden sei."

Befindet sich der Käufer nicht mehr im Besitze der Sache, so daß er sie nicht zurückgewähren kann, hat aber einen Herausgabeanspruch gegen einen Dritten — z. B. die Sache ist ihm gestohlen worden —, so genügt gemäß § 440 Abs. 4 an Stelle der Rückgewähr die Abtretung des Herausgabeanspruches. Der Käufer muß dann aber event. beweisen, daß ihm ein Anspruch auf Herausgabe der Sache auch wirklich zusteht. Mit Recht betont Cosack,[2] daß der Anspruch fällig und unbedingt sein müsse, denn die wirkliche Herausgabe der Sache kann doch nur durch eine sofortige und unzweifelhafte Geltendmachung des Heraus-

[1] Oertmann S. 337.

[2] Cosack S. 414.

gabeanspruches ersetzt werden. Würde man auch die Abtretung eines nicht fälligen Herausgabeanspruches für genügend erachten, so könnte es leicht vorkommen, daß der Käufer gleichzeitig einen Gewinn aus der Sache hat und vom Verkäufer Schadensersatz erhält, und gerade dieses Zusammentreffen soll doch durch die Bestimmungen des § 440 vermieden werden.

Schließlich kann der Käufer noch dann Schadensersatz verlangen, wenn die Sache untergegangen ist. Gerade hierin äußert sich das Verschaffungsprinzip. Im römischen Recht war in diesem Falle keine Eviktionshaftung gegeben. Für die Entstehung des Schadensersatzanspruches ist es unerheblich, ob die Sache durch Zufall untergegangen ist, oder ob der Untergang vom Käufer oder Verkäufer verschuldet ist. Planck meint allerdings (S. 344), daß beim Verschulden des Käufers die allgemeinen Grundsätze über die Folge eines bei der Entstehung des Schadens mitwirkenden Verschuldens des Beschädigten Anwendung finden. Aber nur die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches ist ja von dem Untergange der Sache abhängig, die Entstehung des Schadens ist durchaus nicht durch den Untergang der Sache bedingt, denn die Ursache des Schadens liegt in der mangelnden Eigentumsverschaffung. Anders verhält es sich, wenn der Käufer die Sache vorsätzlich vernichtet, dann könnte man ihn nach § 926 dem Verkäufer gegenüber schadensersatzpflichtig machen.

---

[1] vgl. Cosack Bd. 1 S. 414.

Die gegenseitigen Schadensersatzansprüche könnten dann miteinander kompensiert werden. Windscheid-Kipp (S. 682) meint, daß der Käufer aber nur dann Schadensersatz fordern könne, wenn die Sache zu einer Zeit untergehe, zu welcher ein Schadensersatzanspruch nach den allgemeinen Vorschriften bereits begründet sei, nämlich wegen anfänglichen Unvermögens zur Rechtsverschaffung, wegen verschuldeter nachträglicher Unmöglichkeit derselben, wegen Verzuges, oder wegen Versäumens der Frist nach rechtskräftigem Urteil. Ein Schadensersatzanspruch sei dem Käufer aber nicht zu geben, wenn die Sache untergehe, bevor es zur Begründung eines Schadensersatzanspruches nach jenen Grundsätzen komme. Windscheid-Kipp sagt aber dann selbst, daß der Käufer trotzdem auch dann von einem anderen Gesichtspunkt aus Schadensersatz fordern kann, indem er geltend macht, daß der Verkäufer, welcher die fremde Sache, als wäre sie seine eigene, verkauft, von Anfang an zu der Leistung subjektiv unvermögend war.

§ 440 Abs. 3 zählt noch einige Fälle auf, die der Herausgabe der Sache an den Dritten gleichstehen; sie unterliegen alle dem gemeinsamen Gesichtspunkte, daß der Käufer die dem Verkäufer obliegende Leistung, nämlich Verschaffung des Eigentums, auf andere Weise erlangt. Zunächst, wenn der zum Besitz berechtigte Dritte den Käufer beerbt. Der Dritte kann dann verlangen, daß er, falls der Käufer seinerseits noch nicht geleistet hatte, von der Gegenleistung entbunden wird. Falls der

Käufer bereits geleistet hatte, kann er fordern, daß der Verkäufer ihm das von jenem Geleistete zurückgebe. Dasselbe gilt, wenn der Käufer den dritten Berechtigten beerbt und auf diese Weise das fehlende Eigentum erwirbt. Ferner, wenn der Käufer das fehlende Recht anderweitig erwirbt, sei es entgeltlich oder unentgeltlich, unter Lebenden oder von Todes wegen, z. B. daß der Dritte den Käufer zum Nacherben einsetzt, oder ihm die Sache vermacht. Schließlich noch, wenn der Käufer den Dritten abfindet; dieser Fall unterscheidet sich von dem vorigen nur dann, wenn der Käufer durch die Abfindung nicht das Recht erwirbt, sondern der Dritte auf sein Recht verzichtet.[1] Auch hier muß dem entgeltlichen Verzichte der unentgeltliche gleich erachtet werden.

Im römischen Recht hätte dem Käufer in den hier eben aufgeführten Fällen eine actio empti zugestanden, wie dies aus l. 13 § 15 D. 19, 1 ersichtlich ist: Si fundum mihi alienum vendideris et hic ex causa lucrativa meus factus sit, nihilo minus ex empto mihi adversus te actio competit.

Es sei nun die Frage erörtert, worin der Schadensersatz besteht. Das dem Restitutionsprinzip folgende Bürgerliche Gesetzbuch legt demjenigen, welcher Schadensersatz leisten muß, in erster Linie die Verpflichtung auf, denjenigen Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand, das heißt in unserem Falle die Nichtverschaffung des Eigentums,

---

[1] vgl. Planck S. 344.

nicht eingetreten wäre (§ 249 BGB.), und erst in zweiter Linie, nämlich dann, wenn die Herstellung nicht möglich ist, tritt Entschädigung in Geld ein (§ 251). Die Geldentschädigung tritt also der Regel nach erst bei objektiver Unmöglichkeit ein. Der Schadensersatz umfaßt aber auch den entgangenen Gewinn; als solcher gilt alles, was nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte (§ 252). Der Käufer kann vom Verkäufer auch Ersatz der Nutzungen verlangen, die er nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit oder nach Erlangung der Kenntnis, daß er zum Besitze der Sache nicht berechtigt sei, gezogen hat, denn der Käufer muß diese gemäß § 987 BGB. dem Eigentümer herausgeben. Die notwendigen Verwendungen kann der Käufer gemäß § 994 Abs. 1 vom Eigentümer ersetzt verlangen. Macht der Käufer nach Eintritt der Rechtshängigkeit, bezw. nach Kenntnis, daß er zum Besitze der Sache nicht berechtigt sei, notwendige Verwendungen auf die Sache, so kann er dieselben nur dann vom Eigentümer ersetzt verlangen, wenn sie dessen Interesse und wirklichem oder mutmaßlichem Willen entsprechen (§ 994 Abs. 2 mit § 683). Für nicht notwendige Verwendungen kann der Käufer vom Eigentümer Ersatz nur insoweit verlangen, als sie vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit bezw. vor Kenntnis der Nichtberechtigung gemacht sind und der Wert der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher

der Eigentümer die Sache wiedererlangt. Der Käufer kann nun für alle die Verwendungen, welche er vom Eigentümer nicht ersetzt erhält, Ersatz vom Verkäufer fordern. Sowohl der Eigentümer als auch der Verkäufer haben die aufgewendeten Beträge, soweit sie zu deren Ersatz verpflichtet sind, gemäß § 250 BGB. von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen. Hat zwischen dem Eigentümer und dem Käufer ein Prozeß stattgefunden, so kann der Käufer auch die Kosten dieses Prozesses vom Verkäufer ersetzt verlangen. Eine Maximalhöhe des Schadensersatzes, wie sie im römischen Recht der Fall war — es konnte, wie schon gesagt ist, niemals mehr als das Doppelte gefordert werden —, kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht.[1]

Was den Zeitpunkt anbetrifft, der für die Feststellung des Schadens maßgebend ist, so hat die endgültige Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Gegensatz zum ersten Entwurf hierfür keine Bestimmung getroffen und die Frage damit der Rechtsprechung überlassen; man wird wohl mit Windscheid-Kipp[2] sagen können, daß alles bis zur Zeit des Urteils aufgelaufene Interesse zu berücksichtigen ist.

---

[1] vgl. Bernhöft S. 25 ff., welcher den Fortfall dieser Beschränkung für unbillig hält.

[2] Windscheid-Kipp S. 682.

§ 14.

Ad 5. Schließlich steht dem Käufer bei mangelnder Eigentumsverschaffung auch noch gemäß §§ 325, 326 BGB. ein Rücktrittsrecht zu. Die Voraussetzungen desselben decken sich mit den schon besprochenen des Schadensersatzanspruches in den §§ 325, 326 BGB., mit Ausnahme der Bestimmungen des § 440 Abs. 2—4. Das Rücktrittsrecht bildet eine wichtige Ergänzung der Rechte des Käufers, wenn ihm eine bewegliche Sache verkauft ist, ohne daß er das Eigentum daran erhalten hat, da es den Beschränkungen des § 440 Abs. 2—4 nicht unterliegt. Es ist zu beachten, daß auch hier, da ja, wie schon gesagt, die Leistung des Verkäufers, welcher zwar die Sache übergeben, aber kein Eigentum daran verschafft hat, als teilweise Nichterfüllung anzusehen ist, der Rücktritt nur als teilweiser erfolgt; vollständiger Rücktritt wird dann zuzulassen sein, wenn die Teilleistung für den Käufer gar kein Interesse hat, wofür dieser dann wieder beweispflichtig wäre.

Gemäß § 327 kommen die auf das vertragsmäßige Rücktrittsrecht bezüglichen Vorschriften der §§ 346—356 zur Anwendung. Der Käufer muß zunächst dem Verkäufer erklären, daß er unter Ablehnung des noch möglichen Teils der Leistung vom Vertrage zurücktrete. Der Rücktritt erfolgt also hier auf Grund einer Erklärung gegenüber dem Verkäufer; es sei darauf hingewiesen, daß im Gegensatz hierzu bei Sachmängeln die Wandlung nur

durch Vertrag oder gerichtliche Durchführung erfolgen kann. Die Vorschrift des § 346, daß die Parteien sich das gegenseitig Geleistete zurückzugewähren haben, erleidet durch § 327 Abs. 2 eine Durchbrechung. Tritt der Käufer nämlich infolge eines Umstandes zurück, den der Verkäufer nicht zu vertreten hat, so haftet dieser nur noch nach den Vorschriften über eine ungerechtfertigte Bereicherung. Hat der Käufer den Untergang, oder die Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache verschuldet, so ist das Rücktrittsrecht ausgeschlossen (§ 351), ebenso wenn er die Sache in eine Sache anderer Art umgestaltet hat (§ 352). Der Rücktritt wird unwirksam, wenn der mit der Rückgewähr der Sache im Verzuge befindliche Käufer innerhalb einer ihm vom Verkäufer gesetzten Frist die Sache nicht zurückgewährt (§ 354). Das Rücktrittsrecht erlischt schließlich, wenn der Käufer innerhalb der ihm vom Verkäufer mangels vereinbarter Frist bestimmten Frist das Rücktrittsrecht nicht ausübt (§ 355 BGB.).

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Als Sohn des verstorbenen Rittergutsbesitzers Max Bieneck und seiner Ehefrau Josefine geb. Czekonski bin ich, Ulrich Bieneck, am 19. Juni 1883 in Schkudla Kreis Pleschen Provinz Posen geboren, bin Protestant und preußischer Staatsangehöriger. Meinen ersten Unterricht genoß ich bei einer Erzieherin, welche mich bis Quinta vorbereitete. Von Ostern 1892 bis Ostern 1902 besuchte ich das Gymnasium in Hohensalza, welches ich mit dem Zeugnis der Reife verließ. Die beiden ersten Semester studierte ich in Freiburg i. Br. und Breslau; da mein Vater inzwischen verstorben war, widmete ich mich ein Jahr der Landwirtschaft, nahm aber alsdann wieder meine juristischen Studien auf und studierte je zwei Semester in Berlin und in Breslau, wo ich am 4. Juni 1907 die erste juristische Prüfung bestand. Mit meiner Vereidigung am 19. Juni 1907 trat ich als Referendar in Militsch in den Justizdienst. Vom 1. Oktober 1907 bis 1. Oktober 1908 genügte ich meiner Militärpflicht beim Husarenregiment Nr. 6 in Leobschütz. Ich setzte darauf meine Ausbildung in Militsch fort und wurde am 27. März 1909 dem Kgl. Landgericht in Breslau überwiesen. Vom 1. April an bin ich zu einer Übung in Leobschütz eingezogen und werde nach ihrer Beendigung meine Ausbildung in Breslau fortsetzen.